HUGONIS
DONELLI
OPERA OMNIA.

HUGONIS DONELLI

IURISCONSULTI

ET

ANTECESSORIS

OPERA OMNIA.

COMMENTARIORUM

DE IURE CIVILI

Tomus Tertius

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, & Castigationes Theologicæ.

LUCÆ MDCCLXIII.

Typis JOANNIS RICCOMINI.

CENSORUM PERMISSU.

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

Lib. X.

Lib. XI.

XV.

Lib. XII.

LIB. XIII.

LIB. XIV.

HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER DECIMUS.

De ſervitutibus Perſonarum: Uſufructu, Uſu, Habitatione, Operis ſervorum.

CAPUT I.

Servitus Perſonæ, quæ. Huius generis quæ ſpecies.

Rerum nexus atque ordo. I.
Perſonæ ſervitus quid. An ſit perſonæ ſervitus dignoſcenda 1. ex conventione, ſi ſolius perſonæ gratia fuerit conſtituta. II.
2. Ex conſtitutæ natura, ſi prædii ſervitus eſſe non poſſit. III.
Quæ ſit prædii ſervitus, ex quatuor rerum notis ſpectari, & quæ illæ. IV.
Servitutis perſonarum genera duo: uſus & uſusfructus. An habitatio, & ſervorum operæ nova genera, an ſuperiorum generum ſpecies. V.
Habitationem ſententia veterum ab uſu ædium non diſtinxit, at illa a Iuſtiniano repudiata. L. antiquitas 14. *verſic.* quam deciſionem C. de uſufr. *vulgata lectio improbata.* VI.
Item operæ ſervorum pertinent ad uſumfructum. Interpretatio L. operis 5. D. de oper. ſerv. VII.
De habitationis, & operarum differentia ab uſufructu cæterarum rerum. VIII.

I. Generibus ſervitutum cognitis, quæ extremo libro ſuperiore poſuimus: deinceps ſeparatim & diſtincte de utroque, uti a nobis poſita ſunt, hoc libro & ſequenti dicemus. In his primum fuit, quod perſonarum, ſeu perſonæ ſervitus appellatur. Perſonæ ſervitutem eſſe diximus, quæ in re aliena conſtituta, debetur non alii rei, ſed perſonæ. Ea quæ ſit, videamus.

II. Et perſonæ deberi intelligitur, quæ alicui data, eius ſolius cauſſa conſtituta eſt: aut ſi alterius, non certe eius, cui ſervitus poſſit aequiri, ut efficiatur eius propria. Omnes ſervitutes, etiam [1] quæ prædiorum ſunt, conſtituuntur ab initio alicui perſonæ, ut eas habeat ſive per ſe, ſive per prædium ſuum, cui acquiruntur. *L. 1. D. commun. præd.* Neque tamen omnes continuo perſonæ, ut diviſio ſuperior indicat. Quæ igitur hic notio eſt huius rei diiudicandæ cauſſa? Duorum alterum perſonæ eſſe oſtendet: aut aperta conventio, aut natura ſervitutis conſtitutæ. Si qua ſervitus nominatim ita conſtituta eſt, ut ſit ſolum eius, cui conſtituitur;

1) Omnes ſervitutes prædiales poſſunt fieri perſonales, & plures etiam ut in *L. 8. de ſerv.* de quo *Lib. ſeq.* C. 1. *N. 6.* vid. & *ibid.* C. 8. non autem viciſſim, quia quæ uſui poſſunt eſſe rebus, eadem & perſonis, non contra, Vult, *in pr. I. de Uſufr. n. 3.*

tur: nemo dubitabit, quin fit eius folius ex conventione & voluntate conftituentis, *L. non folum*, *§. tale*, *D. de lib. leg. L. pecoris*, 4. *D. de fervit. ruft. præd.*

III. At finge de eo nihil conveniffe aperte, ac fervitutem alii rei meæ poffe effe utilem. Hæc erit regula, ut fi fervitus conftituta poteft effe prædii mei, fit prædii: fi non poteft, tum fit perfonæ. *L. veluti*, *D. de fervit. ruft. præd.* Itaque in re dubia an fit aliqua fervitus perfonæ, necne; tum plane intelligetur, cum cognoverimus, quæ fit prædii. Nam fi prædii eft, conftat non effe perfonalem ex divifione: Si non eft prædii, & eft fervitus, non poteft alia relinqui, quam quæ fit perfonæ.

IV. Etfi autem de fervitute prædii fuo loco dicendum eft: tamen ne qua hinc nafcatur incertitudo in eo de quo agitur, paucis indicabo eas notas, ex quibus intelligi poffit fervitutem non effe prædii: unde ftatim colligatur, fi fervitus eft, effe folum perfonæ. Hæ notæ funt quatuor. Prima, fi nobis conftituta fit fervitus in re aliena mobili, veluti, fi relictus fit ufus pecorum, veftimentorum, navis, & fimilium. Secunda, fi fit conftituta fervitus in prædio quidem alieno, ut fundo vel ædibus, fed ei qui aliud prædium non habeat. Tertia, fi in prædio, & ei qui prædium habeat; fed non vicinum. Quarta, fi non prædii vicini noftri cauffa, aut non folius: exempla in *d. L. veluti*, *de fervit. ruft. præd.* Quæ ideo dicimus, quia ut fit fervitus prædii, tot res concurrere oportet: ut fit in prædio: ut vicini alicuius prædii cauffa ita conftituta: ut extra prædium ad nullam rem præterea fit utilis. Quæ ex fuo loco plenius expofita fumi debebunt. Ad huius generis explicationem poteramus uti divifione, quæ fequitur: ut diceremus fervitutem perfonæ effe ufumfructum, & ufum, ac deinde quænam effent fingula, oftendere. Sed hæc ratio eft incertior, propterea quod poteft effe ufus, ut tamen fit prædii fervitus. Nam & prædiorum fervitutes, ut iter, via, aquæductus, confiftunt in ufu. *L. via*, *D. de fervit.* Ac fæpe ufu alicuius rei nobis conftituto in alieno, dubitatur, utrum fervitus conftituta fit perfonæ, an prædii, ut in *d. L. veluti*, *de fervit. ruft. præd.* Ideo fuperiore illa notione uti ut certiore vifum eft, qua ex remotione alterius generis, quod certum effe poteft, quæ fit fervitus perfonæ, ftatim intelligitur.

V. Servitutis perfonæ genera duo, [2] ufusfructus, & ufus. *L.* 1. *D. de fervit. L. fi quis unas*, *D. de ufufr.* Legimus tamen in hoc numero habitationem, & operas fervorum. De habitatione. *Tit. de ufu & habitat. D. & Inft.* de operis fervorum *Tit. de oper. fervor. D.* Verum hæc effectu nova genera non funt; fed fuperiorum fpecies. De quibus ideo feparatim quæftio & tractatio iniecta eft a veteribus, quod dubitaretur, ad utrum genus ifta referri oporteret ex fuperioribus, & quod nonnihil diffimilis effet & natura interdum, & amiffio. Cæterum, ut dixi, fpecies eæ fuerunt ufusfructus aut ufus. Utrius igitur? Et de habitatione obtinuerat ante Iuftinianum plurium fententia, habitatione alicui relicta aut conftituta, eo verbo nihil nifi ufum ædium contineri: ut effectu idem effet ufus ædium & habitatio. *L. fi quis unas*, 32. *de ufufr. L. fi habitatio*, *D. de uf. & habit.* Iuftinianus, ea fententia repudiata, habitationem alicui conftitutam fic accepit, ut placeret potius ea appellatione [3] ufumfructum ædium datum videri: fcilicet, ut is cui conftituta eft habitatio, non tantum ipfe uti poffit ædibus, & inhabitare, fed & aliis locare. *L. cum antiquitas*, *C. de ufufr.* Quorum prius eft proprium ufus, alterum ufusfructus. *§.* 1. *Inft. de uf. & hab.* Loquitur quidem Iuftinianus initio de habitatione legata. Sed ut intellige-

2) Potiores tamen hæ fpecies, non folæ. Nam tot poffunt perfonalium conftitui fpecies, quot in univerfum funt fervitutum, cum quicquid prodeffe poteft rebus, id & perfonis, vid. Vult. *in pr. I. de Ufufr. n.* 3. Sed videtur nofter hic reliquas fpecies fub ufu comprehendere velle.

3) Immo idem dicit nec ufum, nec ufumfructum effe, fed proprium quoddam ius, *§. pen. I. de ufu & hab.* Et habitationem effe ius anguftius ufufructu fentit Hotom. *ad L.* 11. *& L.* 13. *C. h. t.* Idem 3. *Obf.* 23. Habitationem nec effe ius aut fervitutem, nec actum habitandi, fed locum gratis, ut feparetur a mercenaria habitatione, ex qua actio locati; ad tempus, ut difcernatur a precario, habitandi cauffa conceffum, per *L.* 12. *Quib. mo. uf. am. L.* 20. *§. Caio*, 2. *de inftr. leg. L. pen. de fupell. leg. L.* 27. *pr. de præfc. vera*. Habitationem, quæ iurifgentium eft, non effe iure civili confirmatam, ideoque capitis deminutione non amitti, neque non utendo, quia illa amiffio ufucapionis civilis pars quædam eft. Quia autem cui is locus conftitutus eft ius habet, quodammodo ius dici poffet in *d. §. pen. I. de ufu & hab.* Idem ad *d. §. pen.* Habitationem non in dominio, fed obligatione confiftere, ut heres teftamento damnatus, vel ftipulationis reus præftet habitationem. Ufus non nifi in perfonam civilem tranfit, & fervo legatus domino acquiritur: Habitatio vero conftituitur ut homini, nec domino acquiritur *L.* 9. *Quan. di. leg. ced.* Idem *ill. Q.* 41. *pag.* 386. Sed Io. del Caftillo *de Ufuf. n.* 18. *& feqq.* Hotomannum in eo quod fervitutem effe negat, refellit, eamdemque tertiam fpeciem fervitutis perfonalis, vel, ut ipfe vocat, miftæ conftituit, Cæpolla *de Serv. urb.* C. 6. Sane quod habitatio fit ufusfructus neutiquam probat. *d. L.* 13. Nam duo ibi diverfi cafus. (1) Quando habitatio fimpliciter legatur, ubi hoc tantum deciditur non ufumfructum cenferi relictum, fed locationis licentiam effe fructuario (2) Quando ufusfructus habitationis legatus. Hoc cafu verus ufusfructus conftitutus, ædium videlicet feu domus. Eo ipfo enim quod dixit teftator ufumfructum, oftendit fe per habitationem intelligere ædes ipfas; alias fervitutem fervitutis conftitueret: quæ ipfa ratio, opinor, dubium illic movit.

ligeremus constitutionem esse de habitatione quovis modo constituta, clausit ille constitutionem his verbis: *Quam decisionem locum habere censemus in omnibus modis, quibus habitatio constitui potest.*

VI. Scio & locum ita legi, in omnibus locis, quibus habitatio constitui potest. Sed & priorem scripturam Accursius agnoscit, & posterior probari non potest. Nam de locis, in quibus habitatio constitui posset, nec fuit olim ulla dubitatio, nec esse potuit: cum constaret omnia loca, quæ in orbe Romano essent, iure publico Romanorum eodem uti. De modis constituendi ususfructus controversia esse potuit, dum hoc dubitatur, an quod Iustinianus in constitutione illa sua de habitatione legata constituerat, etiam ad habitationem inter vivos constitutam recte transferretur. Ideo de modis omnibus opportune subiecit, quod valeret ad amovendam omnem hanc dubitationem.

VII. De operis [4] servorum diserte scriptum est in *L.* 3. & *L.* 4. *D. de oper. serv.* & in operis servi fructum, id est, usumfructum consistere: & retro in fructu, seu usufructu servi esse operas. Nam quod in *L. pen. D. eod.* ita scribitur, *operis servi legatis* [5] *usum datum intelligi:* sic accipi debet, etiam usum datum intelligi, ut sit sententia, operis legatis non tantum posse fructuarium locare servi operas, & propter has percipere mercedes, quod traditum erat in *L.* 3. *eod. tit.* sed posse etiam ipsum uti operis, ut nullus mercedum fructus ad eum redeat. Ita & habitatio, & operæ servorum nihil sunt, nisi ususfructus, illa ædium; hæ servorum.

VIII. Et hoc, cum de iure constituendi, deque iure utendi fruendi in his rebus quæritur. Alioqui & natura harum rerum, & amissio nonnihil proprium habet, dissimile a reliquarum rerum usufructu. Nam operæ individuæ sunt: non ut rerum corporalium ususfructus dividuus. *L.* 1. §. 1. *ususfructus, D. ad leg. Falc.* ut proinde operæ pro parte divisa aut indivisa constitui non possint. Amissio autem earum rerum hoc habet, ut non per omnia iisdem modis amittatur, quibus cæterarum rerum ususfructus. Sed neque superior natura; neque hæc amittendi ratio quidquam facit, quominus & habitatio & operæ iisdem modis constitui possint, quatenus fert earum natura, & constitutæ, idem ius utendi fruendi habeant, quod ususfructus cæterarum rerum. Deinceps igitur genera superiora duo, ordine exsequamur: in quibus & species istas duas contineri intelligemus, quarum si quid erit proprium, cum ad suum locum ventum erit, separatim dicetur; de quo plura, & opportunius in usufructus amissione.

4) Sed Cuiac. 7. *ad Afric. in L.* 37. *de Usuf.* operas has usumfructum esse negat. (1) Quia distincti tituli. (2) Separantur in *d. L.* 37. (3) Magis accedunt ad usum, quia individuæ. (4) Non iidem amittendi modi: & Govean. 1. *Var. Lect.* 7. *n.* 2. Usumfructum esse ius personale, non item operas, sed illas magis ex re quæ eas debet spectari. Hinc esse quod ususfructus capitis deminutione pereat, quia persona mutatur. Operæ non item, uti nec non utendo; quia etsi non exigo, non tamen eo minus servus illas debet. Collocatum autem esse, *tit. de op. serv.* post *titulos de Usufr.* propter affinitatem. Hotom. *ill.* Q. 41. nec operas has servitutes esse per *L.* 1. *de op. serv.* quia facti sunt, nec vindicari posse, sed dominum servi actione personali ex contractu ad eas præstandas obligari, ac Coras. *in Rub. de serv. n.* 16. Et perplures ususfructus & operarum differentias refert Cuiac. 18. *Diss. Modest. ad L.* 32. *de R. V.* vid. & Io. del Castillo *de Usufr. C.* 50.

5) Govean. 1. *Var. Lect.* 7. *n.* 1. & ad *L.* 1. §. 9. *ad L. Falc.* legit in d. *L.* 4. pro *usum usumfr.* quod ita in veteribus manu scriptis repererit, quod displicet Cuiac. 7. *ad Afric. in L.* 37. *de Usufr.*

C A P. II.

De usufructu: Quid sit; & in eo exposita veterum definitio. Præcipue quid sit illud, usumfructum partem dominii non esse; & rursum partem dominii obtinere. Tum quam recta definitio, quæ & contineat omnem usumfructum, nec aliis ullis rebus conveniat.

Usufructus definitio, eiusque partim explicatio. I. II. V. VI.
Ius *quid significet in definitione usufructus*. II.
Illius significatio ab Accursii & Interpretum opinione atque errore vindicata. III. IV.
Usufructus absolute & sine adiuncto appellatus, dominii partem, seu causam non habet. VI.
Contrariis occurritur. VII. VIII. IX. X. XI. XII.
Quo sensu Paulus affirmet in L. ususfructus 4. D. de usufr. *partem dominii esse* in multis casibus *usumfructum*. *Qui* casus *ex Paulo intelligendi*. X.
Exponitur L. in venditionem 8. *princ*. D. de reb. auct. iud. possid. XI.
Vindicatæ superioris definitionis & illustratæ summa & conclusio. XIII.
Non potest usufructuarius rem, qua utitur fruitur, aut consumere, aut commutare in aliam formam. Et quare. XIV.
Proposita definitio ususfructus accurata, & propria. XV.
Contraria diluuntur. XVI.

I. Ususfructus sic definitio est, tradita in *L. 1. D. de usufr. & Inst. eod. tit.* in princ. ut sit ius alienis utendi fruendi rebus, salva rerum substantia.

II. Est ius. Iuris verbum adiunctum faciendi verbo in usu perpetuo iuris potestatem significat: ut cum dicimus ius dandi, ius stipulandi, ius retinendi, ius persequendi, & alia infinita, in quibus omnibus intelligi constat potestatem ista faciendi, *Inst. de stip. servor.* in princ. *L. 3. §. bonorum, D. de bon. poss. L. nihil, D. de obl. & act.* Quare & hoc loco ius utendi fruendi nihil aliud est, quam potestas utendi fruendi. Sed potestas iure tributa, ut ubique in significatione ista iuris intelligere debemus: unde & iuris nomen; ubi continens positum pro contento: ius quod hanc potestatem continet, pro potestate quæ iure continetur, quia iure data aut confirmata, ut initio de significatione verbi iuris exposuimus.

III. Illud cavendum, ne cum Accursio & vulgo interpretum sic accipiamus, ut ius [1] hic sit servitus. Scio ita interpretari esse quam expeditissimum ad multa statim diluenda, quæ aliter interpretantibus videntur hanc definitionem infirmare, de quibus dicam postea, quia de his exposita definitione facilius iudicari poterit. Sed quid refert, si interpretatio significationi verborum convenire non potest? Quid enim, an ius significat servitutem? Servitus quidem est ius, audio: & ususfructus est servitus. Vere utrumque. At non e converso ius est servitus. Quam multa enim iura, quæ non sunt servitutes? ut ius emphyteuticum, superficiarium, ius possessoris bonæ fidei, ius pignoris, actio, & alia innumera. Denique ius generis nomen est; huius generis species servitus. Nunquam generis nomen sic accipitur, ut unam certam speciem ex eo genere significet. Homo est animal: non ideo animal significat hominem, potest enim esse brutum. Iter est servitus: at non contra servitus significat iter, cum sint aliæ servitutes innumeræ. Ista ratione etsi ususfructus ius est, non tamen ideo ius interpretabimur servitutem, cum sint innumera iura, quæ non sint servitutes. Sed & adiuncta *servitutis* verbum in hac definitione aperte repudiant. Non enim recte diceretur servitus utendi fruendi, quoniam servitus [2] est in serviente; ipsum autem factum utendi fruendi actio eius cui servitus debetur: actio plane contraria servituti. Otiosum esset & illud: *alicuis rebus*,

1) Vult. 1. *Iurispr.* 63. *n.* 16. (qui & ad *pr. l. h. t. n.* 7. rectius genus proximum, servitus personalis, in definitione assumit) P. Busius *ad L. 1. h. t. n.* 1. Sed & facilitatem exponit Mynf. *in pr. I. h. t. n.* 3. Aliter Vacon. 1. *Declar.* 20. cui ius hic & in omni definitione, quotiescunque ponitur, significat constitutionem & ordinationem quandam civitatis. Nullo autem modo probanda quorundam divisio in usumfructum iuris & facti, quam refert & refellit Io. del Castillo *Quotid. de Usufr. C.* 2.

2) Ita & Turaminus æque Accursium reprehendens, *Epist acad.* 4. Servitus, ait, est per modum passionis ex parte fundi servientis, non per modum actionis ex parte eius cui debetur.

bus, quoniam qui servitutem dixisset, satis comprehendisset de re aliena, cum servitus hoc ipso quod servitus est, non possit nisi in re aliena esse, ut ante diximus.

IV. Quod si hæc interpretatio nobis cavenda est, haud scio, an etiam magis, ne cum aliis ius hic interpretemur ius per servitutem quæsitum. Nam si dicimus verbo *iuris* hoc ius tantum significari, nihil dicimus aliud, quam illud ipsum Accursii, verbo *iuris* significari servitutem. Quid est enim ius per servitutem quæsitum, nisi servitus? nam hæc tunc dicitur imposita, cum dominus ius suum deminuit, & alterius auxit. *L. de pupillo*, §. *& belle*, *D. de op. nov. nunt.* Aut si hoc non placet, illud saltem constat dicere nos, hic verbo *iuris* significari speciem hanc iuris, non aliam. Hoc autem æque vitiosum, atque illud, ut ante ostendi. Non enim ius magis significat unam aliquam speciem iuris aliam, quam servitutem. Immo ideo non significat servitutem, quia generis verbum non significat speciem unam potius quam aliam. Quod si de significatione verbi hoc fatemur: sed dicimus verbo iuris addi debere hanc circumscriptionem, ut sit ius per servitutem quæsitum: quid aliud quam aperte agnoscimus vitium definitionis, cui hæc circumscriptio & differentia desuerit ad exprimendam naturam usufructus? Sed non est laborandum in significatione verbi nota. In re vero nihil periculi definitioni, quominus recta sit, etsi superiorem illum usum verbi *iuris* hic sequemur, ut dicatur ususfructus ius, id est, potestas utendi fruendi iure tributa, nec quidquam de servitute addiderimus, aut significaverimus, ut postea dicetur. Notandum, usumfructum ius dici, ut declaretur hoc verbo non significari fructus fundi, qui sunt corporales: sed ius horum fructuum percipiendorum; rem incorporalem videlicet. *Inst. de reb. corp. & incorp.*

V. *Utendi fruendi*. Uti re est per se eam tractare & exercere ad eum usum, ad quem natura parata est. Frui est, quantum commodorum ex re aliqua percipi potest, tantum capere etiam ad compendium, non ad necessitatem solum, ut exponetur pluribus in ea parte, in qua quæretur de iure fructuarii. Utriusque rei proprietatem ususfructus continet: usus alteram dumtaxat.

VI. *Alienis* [3] *rebus*. Recte. Hic enim definitur ususfructus, qui absolute ita dicitur, idest, qui solus est, ac per se consistit. Hic est servitus. *L. 1. de servit.* Nulla autem servitus, nisi in re aliena, cum res sua nulli serviat, ut supra docuimus in definitione servitutis. *L. uti, D. si ususfr. pet. L. in re, D. de servit. urb. præd.* Ex hac parte natum est illud, usumfructum [4] partem dominii non esse. *L. recte, D. de verbor. signific.* Efficitur enim hoc modo: Si ususfructus pars dominii est, erit in re nostra, non in aliena. Dominium enim in re nostra: eo & dominii pars omnis, quoniam in toto & pars continetur. *L. in toto & pars, D. de reg. iur.* At ususfructus in re nostra non est, sed in aliena, ut hæc definitio ostendit, & efficit natura servitutis. Ususfructus igitur dominii pars non est. Atque hinc rursum illa definitio eiusdem *L. recte, de verb. significat.* eum, qui proprietatem fundi aut alicuius rei habet, in solidum dominum esse rei, quanvis ususfructus sit alienus. Consequens plane superiori. Necesse est enim cum in solidum dominum esse, cui nulla pars dominii abest. At cui domino abest ususfructus, ei nulla pars abest dominii, si quidem ususfructus dominii pars non est. In solidum igitur dominus is, qui proprietatem habet, quanvis usufructu alieno constituto, quæ & Pauli collectio est in *d. L. recte.* Valet hæc definitio ad interpretationem earum legum, & partium iuris, quibus aliquid constituitur de dominis, aut de rebus propriis vel alienis. In quibus omnibus dominum acceperunt veteres ex hac definitione etiam eum, qui nudam proprietatem habet: rem propriam etiam eam, in qua proprietatem habemus, deducto usufructu. *L. 1. §. 1 D. de sen. Silan. §. proprius*, *§. alienus*, *Inst. de her. inst.*

VII. Sed habet hæc pars nonnihil difficultatis. Atque adeo quot sunt sententiæ superiores de hac parte, quas modo retulimus, tot aliis locis videntur proponi contrariæ. Dicimus usumfructum esse ius utendi fruendi alienis rebus: immo & nostris. Duplex est enim ususfructus: quidam [5] coniunctus cum proprietate; qui-

3) Per voculam, *rebus*, dicit Vult. *in pr. I. h. t. n.* 12. excludi servitutes prædiales, in quibus non utimur re, sed servitute, itinere, via &c.

4) Alia *d. L.* 25. expositio est Gœd. *ibid. n.* 8. *& seq.* Cuiacius vult IC. illic respicere ad formulam vindicationis: Fundum Sabinianum ex iure Quiritium meum esse aio, quam sola proprietas pariat. Quod convenire non puto.

5) *L. 4. in fin. Si us. pet. L. 25. de Usuf. leg. L. 126. §. 1. de V. O.* Atque hinc vulgata DD. divisio ususfructus in formalem & caussalem, qui cum proprietate, ut sua caussa coniungatur. Quam & probat Cuiac. 5. *ad ... fric. ad L.* 36. §. 1. *h. t.* iuxta quem Ususfructus duplex. (1) Nudus qui est servitus personalis. (2) Qui plenam proprietatem comitatur, qui servitus non est. Ille formalis, quod

quidam a proprietate separatus. Coniunctus is, quem habet dominus: separatus is, quem habet, qui dominus non est. Indicantur hæc genera in *L. si cum argentum*, *§. pen. D. de exc. rei iud. L. uti*, in pr. *D. si usufr. pet.* Sane qui est a prorietate separatus, quem habet, qui dominus non est, non potest, quin habeatur in re aliena. At eum quem habet dominus, ubi tandem habere possit, nisi in re sua? Habet vero dominus utendi fruendi ius re sua: & is quidem maxime, ut quis ius habeat de re statuendi ut velit. *L. in re C. mand.* Hic usufructus, ut suo loco dixi, dominii pars est. Emolumentum enim rei continet: atque hoc emolumentum pars dominici iuris. *L. Mævius, 66. §. pen. L. cum filius*, 76. *§. dominus, D. de leg.* 2. Ubi autem dominium rei nostræ, nisi in re nostra? Hinc ergo incidere videtur definitio in certam reprehensionem. Nam si dicimus usumfructum omnem esse in rebus alienis, in promptu reprehensio est ex superiore divisione: sin volumus quemdam solum, & eum dicimus, qui est a proprietate separatus: fit vitiosa definitio, quæ minus continebit, quam definitum, cum definiatur generaliter usufructus: cuius tamen species una non sit in alienis rebus.

VIII. Sed ne moveamur hac obiectione, faciet usus huius verbi cognitus. Habet dominus in re sua ius utendi fruendi. Sed hoc ius non dicitur usufructus, nisi cum adiuncto, ut dicatur usufructus, quem habet is, qui habet proprietatem: ut in *L. uti*, in princ. *D. si usufr. pet.* usufructus, quem habet quis ex eadem caussa, ex qua fundum habet; usufructus, qui iure proprietatis meus est; in *d. L. si cum argentum*, *§. pen. de exc. rei. iud.* usufructus, qui emolumentum rei nostræ, qui portionis rei instar obtinet, ut *d. L. Mævius. 66. §. pen. L. cum filius. 76. §. dominus. D. de legat.* 2. Simpliciter autem cum nominatur usufructus, ut in tota hac quæstione de servitutibus, & in tractatione de rebus corporalibus, & incorporalibus, is intelligitur in usu perpetuo iuris, qui est a proprietate separatus. *Uti frui*, inquit Ulpianus, *ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum.* d. L. uti, *D. si usufr. pet.* At ibidem continenter subiungit, dominum fundi id non posse; & rationem reddit: *quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet.* Non potuit significantius dicere, usumfructum, quem habet dominus, non esse, aut certe non intelligi eum, quem prius usumfructum simpliciter nominarat. Idem valet, quod usufructus hic, qui simpliciter nominatur usufructus, ubique dicitur esse servitus, seu pars, id est species servitutis. *L.* 1. *D. serv. L. recte, D. de verb. signif. L.* 1. *§. si usufructus, D. ad leg. Falcid.* Hoc enim de usufructu cum proprietate coniuncto dictum accipi non potest, cum res sua nemini serviat. Cur ergo usufructus verbo simpliciter enuntiato hunc solum intel-

quod per se consistat: hic caussalis, quod ex proprietatis caussa competat, sive ei immixtus sit. Ille iure servitutis; hic iure proprietatis meus: illum transfero in heredem: hunc non item. Detractio facit formalem qui erat caussalis, ut plerumque ortus unius est alterius interitus, & idem ad *L.* 88. *de V. O.* Eodem sensu Hot. 3. *Obs.* 22. & *ad L.* 27 §. 8. *de pact.* & *ad L.* 2. *C. de Usuf.* Usumfructum alium facit mistum, quem DD. caussalem: & merum, quem formalem vocant. Curt. 3. *Coniect. ad Viv.* 13. alium consistere in parte quem habet dominus; alium in iure quem habet fructuarius. Sed divisionem illam DD. reprobant, Coras. 5. *Misc.* 3. & ad *L.* 1. *de servit. n.* 3. Biro *ad pr. I. h. t.* quasi vero, inquiens, ex nulla caussa utatur fruatur, qui dominus non est, Alciat. *in L.* 25. *de V. S. n.* 2. Connan. 4. *Comm.* 3 Duar. *in L.* 126. *de V. O.* Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 3. *n.* 5. quia quando ad proprietatem vertitur, exstingui dicitur. A. Fab. 15. *Conject.* 8. *p.* 191. & Vult *in pr. I. h. t. n.* 10. Adstruunt eamdem Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 2. *&* 3. Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 1. *n.* 9. *&* 10. fuse Ioan. del Castillo *Contr. quotid. de Usufr. C.* 1. ubi *n.* 16. *& seq.* plures huius sententiæ asseclas recenset. Sane cum hi ipsi caussalem, quem vocant, servitutem non esse concedant, Pinel. *d. n.* 9. ac definitionem usufructus illi non convenire, Castillo *d. C.* 1. *n.* 34. *& seqq.* pro genuina generis in species divisione venditari non poterit, cum quæ, genere remoto, dissident, propinquiori convenire nequeant Erit igitur vel divisio nominis vel qualiscunque rerum, inter quas similitudo aliqua. Alciati *ad d. L.* 25. *n.* 2. distinctio, verbis novis, nec omnino tamen absurdis, Busius *ad L.* 3. *h. t. n.* 7. quæ licet si ad vivum resecetur, vana forte sit, docendi tamen gratia non omnino explodenda, ut Eman. Soarez. *in Annotat ad* Gomez. 2. *Resol.* 15. *l. t.* B Quam fateor non concinnas plane esse illas voces, convenientiusque usumfructum separatum & coniunctum dici, quam formalem & caussalem. Nimis autem confidenter A. Faber *supra d. loc. p.* 192. nullam uspiam esse proprietatem, quæ usumfructum habeat coniunctum, quia eo ipso quod separatur, fiat usufructus qui antea non erat. Quæ tum legibus aperte convelluntur *d. L.* 21. *§. pen. de exc. rei iud. & simil.* & eo ipso quod proprietas nuda dicitur, cui usufructus abest, §. 1. *& ult. I. L.* 71. *D. h. t. L.* 19. *de Usufr. leg.* & plena quæ ab usufructu non separata *L.* 78. *pr. de iur. dot.* tum nec secum ipsa conveniunt. Separatio enim ex vi verbi, est rerum, quæ antea coniunctæ, seiunctio & segregatio. Unde & deduci & detrahi dicitur *L.* 6. *h. t. L.* 4. *Si us. pet. L.* 19. *L.* 26. & passim *de Us. leg.* & abscedere §. 1. *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* Fateor separatione fieri usumfructum qui antea non erat. Fit nimirum ac producitur servitus per separationem, ac per eamdem interit is, qui dominii pars erat ac emolumentum. Dum unus separatur (qui autem quæso separari posset aut diceretur, si antea nullus exstiteret, quomodo ei quod nondum est quidquam tribui?) alter constituitur, & ita, quod & in rebus naturalibus accidit, interitus unius, caussam dat originis alteri. E converso servitus usufructus quando exstinguitur, ad proprietatem redire & cum ea consolidari dicitur. Non magis intelligo, quomodo conveniant, quæ Faber *d. loc. p. praeced.* scribit: Usumfructum, qui formalis vulgo & eum qui caussalis usurpatur, idem ius esse, sed differentem habens rationem, quod priori casu sit ius fundi & servitus, posteriori ius domini. Nam quomodo res genere variantes specie vel numero eædem? Quomodo ius idem, cuius non caussæ tantum diversæ, sed & effectus, cum illud fructuario confessoriam actionem: hoc domino negatoriam pariat &c. Nec iuvatur Faber *L.* 63. *h. t.* quia illi, satis occurritur *C. seq. N.* 7. nec *L.* 78. *pr. de I. dot.* quia illi satisfacit Castillo *supra d. C.* 1. *n.* 43.

intelligimus, qui est a proprietate separatus, cum fateamur & dominum in re sua utendi fruendi ius habere? Id non tam verbi significatio facit, quam enuntiatio. Cum enim simpliciter nominatur usufructus, apparet eum dici, qui id ipsum est solum, quod dicitur, id est, nihil nisi usufructus: qui solus est: qui idem per se consistit; quales sunt res, quæ in iure consistunt; quo in genere est hic usufructus, de quo loquimur. *Inst. de reb. corp. & incorp.* Atque is est, quem nunc & in superiore divisione, & in hac definitione appellari videmus. Hic vero, etsi nihil adiiciatur aliud, non alius intelligitur, quam qui est a proprietate separatus. Cum porro separatus a proprietate haberi non possit, nisi ab eo, qui dominus non est: perspicuum est omnem eum, qui simpliciter usufructus dicitur, esse in rebus alienis: quapropter & hunc non esse dominii partem. Neque aliter nominantur cæteræ servitutes, ne quis forte istum usum in verbo usufructus repudiet, ut affirmatum sine exemplo. Ut enim dominus ius habet re sua utendi fruendi: ita non minus ius per suum prædium eundi, agendi, aquamve ducendi ad aliud prædium suum. Hæc tamen iura domini non vocantur iter, actus, via, aquæductus. Tunc solum his appellationibus utimur, cum ista per se habentur sine alio proprietatis iure, quod non fit, nisi in alieno. Unde & cum ista definiuntur ius eundi, agendi, aquamve ducendi per fundum alienum, ut fit nominatim in aquæductu in *L. 1. D. de servit. rustic. prædior.* nemo putat his adversari, quod & dominus eadem iura obtinet in re sua; quoniam hæc non sunt illa, quæ simpliciter dicuntur iter, actus, via, aquæductus. Id & in verbo usufructus fieri intelligendum est, cum simpliciter nominatur.

IX. Hic occurritur, probaturque usumfructum, eum ipsum qui simpliciter & sine adiuncto dicitur usufructus, etiam alibi dici esse in re nostra: certe dicitur esse dominii pars, quod secundo loco supra negabamus: unde etiam fieri diximus, ut sit & in re nostra. Sic Pauli definitio est in L. 4. D. de usufr. *usufructus in multis casibus pars dominii est*. Non dicit, usufructus cum proprietate coniunctus, aut quid simile; sed simpliciter & sine adiuncto, *usufructus*; ut si vera sunt ea quæ modo diximus, oporteat usumfructum intelligi a proprietate separatum. Hunc tamen ait dominii partem esse. Non addit per omnia: neque hoc quisquam dicit; sed dicit in multis casibus. Hoc vero satis est, ut probetur & usumfructum, qui hic definitur, idest, a proprietate separatum, aliquem esse partem dominii, eoque & in rebus nostris, non in alienis, ut hic definitur. Sed quod diximus usumfructum, cum simpliciter nominatur, intelligi debere ex usu iuris eum, qui per se & solus est, eoque usumfructum separatum a proprietate: sic accipiendum est, nisi quæ huic tribuuntur, eiusmodi sint, quæ non possint separato convenire. Quod enim dicitur a significatione usitata verbi recedi non oportere: semper dicitur cum hac exceptione, nisi manifestum sit aliud sensisse scriptorem, *L. non aliter. 69. D. de leg. 3.* Quod in superiore definitione accidit. Ait enim usumfructum non ubique partem dominii esse: sed in *multis casibus*. Significat igitur non se de omni usufructu hoc dicere: sed de eo, qui sit in illis casibus, quos vult intelligi. Quem ergo iustum usumfructum intelligemus? Et cum repugnet natura usufructus separati, quominus de eo intelligamus; res cogit eum accipi, qui sit cum proprietate coniunctus. Sed in eo de mente Pauli ex ipsius auctoris interpretatione cognoscamus. Ipse idem est, qui in *L. recte, D. de verb. signific.* (nam utrumque locum eiusdem Pauli esse inscriptiones indicant) definit usumfructum, qui seiunctus est a proprietate, quia servitus est, partem dominii non esse. Et vero quia servitus est, nec potest servitus deberi nisi a re aliena, pars dominii esse non potest. Restat igitur, ut cum in illa altera definitione dicit simpliciter usumfructum in *multis casibus* esse dominii partem: hoc dicere intelligatur, in iis esse dominii partem, in quibus intelligi debeat non usufructus servitus: sed usufructus cum proprietate coniunctus.

X. In quibus ergo sic accipi debet usufructus? Dixi supra in dominii partibus id tum fieri, quoties de fundo dando, aut dominio transferendo, aut transferenda proprietate cautum est. Exempla hæc sunt: Qui promisit fundum, etiam usumfructum tanquam dominii partem promisisse intelligitur. *L. qui usumfructum, 58. D. de verb. obl. L. si a reo, §. si reo, D. de fideiussor.* Sic & qui legavit fundum, etiam usumfructum quanvis alienus esset, legasse. *d. L. Mævius, 66. §. pen. L. cum filius, 76. §. dominus, D. de legat. 2.* Unde & concursus in usumfructum inter eos, quorum uni fundum, alteri usumfructum eiusdem fundi testator legaverit. *L. si alii, D. de usufr. leg.* Hæc

Hæc ideo, quia qui fundum promittit aut legat, vult dari, eoque & dominium transferri, ut est significatio dandi. §. *sic itaque Instit. de act.* Semper dominium usumfructum ad se trahere, & secum coniunctum habere intelligitur, nisi sit a proprietate nominatim separatus. §. 1. *Inst. de usufr.* Quoniam autem multis in caussis hoc evenit, non etiam in omnibus, ut ita agatur de dominio transferendo, non detracto usufructu, & in his tantum ususfructus ut dominii pars dominium sequitur: inde recte dictum est in *multis* quoque *casibus*, ac non omnibus, usumfructum esse dominii partem.

XI. Obiicitur præterea, quod probet etiam fructuarium [6] dominum esse, contra quam tertio loco dicebamus effici ex his verbis definitionis. Quo probato eodem revolvemur, ut & ususfructus sit pars dominii, quandoquidem eum habeat dominus, ac propterea etiam habeatur usufructus ab usufructuario in re sua. Est autem *L. in venditionem*, in pr. *D. de reb. auct. iud. poss.* verba hæc Ulpiani: *In venditionem bonorum etiam ususfructus veniet, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur*. His verbis certum est agi de usufructu a proprietate separato, non solum quia nominatur simpliciter ususfructus, & is sine ulla circumscriptione: sed etiam quia oratio refertur ad fructuarium. Constat autem hoc verbo eum significari, qui usumfructum solum habet, proprietate apud alium constituta. *L. quod fructuarius, D. de acq. rer. dom.* Atqui de eo ipso, qui istum usumfructum habeat, scribit Ulpianus fructuarium quoque appellatione domini contineri: quod valet, fructuarium quoque dominum esse. Ut, cum dicimus appellatione rei etiam iura contineri: item appellatione pecuniæ omnes res tam soli, quam mobiles, & tam corpora, quam iura contineri, hoc significatur & illic iura res esse: & hic res omnes esse pecuniam. *L. rei appellatione, L. rei appellatio, L. pecuniæ verbum, D. de verbor. signific.* & alia sexcenta in eamdem sententiam. Et locus sic interpretandus est: *appellatione domini fructuarius quoque continetur:* intellige domini bonorum. Nam & de bonis instituerat sermonem Ulpianus; & de alio domino agi nihil ad quæstionem de usufructu aut fructuario pertinebat. Et vero id ita accipi congruit edicto, quod illic Ulpianus interpretabatur. Edicto ita cautum erat: Qui fraudationis caussa latitabit, si viri boni arbitratu non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo. *L. Fulcinus, D. quib. ex caus. in poss. eat.* Tractabat Ulpianus eam partem edicti, quæ de bonorum venditione est adversus eum, qui non defenditur. Cum in ea caussa erunt bona, ut vendi debeant, quæritur, quid bonorum appellatione contineatur, ut si quid erit in bonis, vendi debeat ex edicto. Ait Ulpianus, in venditionem bonorum etiam usumfructum venturum: quasi diceret, non ea tantum, quæ sunt in dominio eius, qui latitat, sed etsi usumfructum habuit in re aliena, etiam hunc venturum, id est, futurum, ut hic quoque distrahi debeat. Unde colligit? ex verbis edicti, subiicit enim: *quia appellatione domini fructuarius quoque continetur*. Quo significat hoc verbum *domini* in edicto fuisse, cuius appellatione nunc utitur, ut dicat etiam huius appellatione fructuarium contineri. Atqui edictum non loquitur de domino simpliciter, sed de domino bonorum. Eius, inquit, bona vendi iubebo: eius bona, id est, eius ea bona, quæ habet, &, ut nunc loquitur Ulpianus, quorum est dominus. Necesse est igitur, ut recte argumentetur ex verbis edicti, hoc eum sumere, quod est in edicto, & ita orationem accipi, quasi dixisset: quia appellatione domini bonorum, quem indicant verba edicti, fructuarius quoque continetur. Neque nova est hæc forma loquendi veteribus, ut qui rem aliquam habet in bonis, is dominus eius rei dicatur. Unde dominium ususfructus, & dominium servitutum nostrarum legimus, cum apud Iulianum in *L.* 3. *D. si ususfr. pet.* tum apud eumdem Ulpianum in *L. semper, §. hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* quod & in dominii verbo supra monuimus *Lib. superioris, Cap.* 8.

XII. Postremo hoc etiam adversari aliquis dixerit, fatemur usumfructum cum proprietate coniunctum dominii partem esse. An non hinc efficitur etiam separatum partem dominii manere, ut sit separatus id, quod ante fuerat? Nam pars a toto divisa nihilominus pars rei dicitur. *L. recte*, in fin. *D. de verb. significat.* Non modo nullum hoc argumentum est, sed potius valet in contrarium. Coniun-

ctus

6) Sæpe tamen diversa sunt esse & appellatione venire, ut in §. 2. *I. de divis. stipul. L. 5. pr. de V. O.* & clare patet ex collatione *L. 12. §. 1. de rit. nupt.* cum *L. 6. §. 1. L. 8. de grad.* Sic nepos appellatione filii continetur, &c. Quia & in *L. 25. in fin. de V. S.* partis appellatione significari dicitur, quam Donellus noster vere esse partem *hoc Cap.* negat. Atque hæc videtur mihi tutior solutio ad *d. L. 8. pr.* quod veniat nomine domini, licet proprie non sit fructuarius, quia manifesta edicti ratio & sententia id exigat. Alter Pac. 7. Q. 12.

ctus usufructus dominii pars est, quia coniunctus. Ergo separatus eiusdem rei pars esse definet. Et ita est totius alicuius compositi natura, ut quandiu ei pars aliqua cohæret, tandiu pars eius recte dicatur: separata incipit novum per se corpus facere, & nomen partis veteris amittit. Paries quandiu cohæret, pars est ædium, exemptus non iam pars est, quæ fuerat: sed novum corpus extra ædes: atque adeo nec iam paries dicitur, sed moles tantum vel strues lapidum vel tignorum. Fructus pendentes pars sunt fundi, eoque & in restitutionem cum fundo veniunt. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vind.* Percepti & separati non amplius pars fundi: unde & bonæ fidei possessori acquiruntur. *§. si quis a non domino*, *Instit. de rer. divis.* Fundo quoque in partes certas diviso placet unamquamque divisam partem, non esse partem fundi, sed fundum. *L. si quis duas*, *§. 1. D. commun. præd.* Denique de ipso usufructu, de quo agitur, aperte traditur in *d. L. si cum argentum*, *§. pen. de exc. rei iud.* usumfructum a proprietate separatum alium esse ab eo, qui fuit ante cum proprietate coniunctus. Nam quod dicitur in *d. L. recte*, in fin. *de verb. signific.* etiam divisam partem non ineleganter partem dici, vere dicitur, & est ex usu veterum atque adeo omnium latine loquentium: attamen non proprie & ex natura rei præsentis, sed relatione facta ad id, quod prius fuit, ut dicatur pars, quæ modo pars fuit coniuncti fundi: nunc quidem divisa eiusdem totius pars esse non potest. Sic tutores dicimus finita tutela, qui tutores fuerunt, nunc non sunt: sic insulam, quæ prius fuit insula, nunc non est. *L. insula*. in fin. *D. de acq. rer. dom.*

XIII. Summa sit hæc: usumfructum, cum simpliciter nominatur, eum intelligi, qui solus est, ac per se consistit. Qui talis est, eum esse non posse, nisi a proprietate separatum. Eum sub ista appellatione a nobis nunc dici, atque hoc loco definiri. De eo vero, qui sit a proprietate & dominio exemptus, non posse aliud dici, quam quod hac definitione continetur, eum esse in rebus alienis: si in alienis, non esse dominii partem: si dominii pars non est, eum qui proprietatem habet, quanvis deducto usufructu, nihilominus in solidum dominum esse: fructuarium nulla ex parte dominum, si modo dominum absolute dicimus, non autem dominum bonorum.

XIV. Adiicitur in definitione, *salva rerum substantia*. Cum potuisset Paulus, cuius hæc definitio est, dicere salvam earum substantia ad demonstrandas res alienas, quas prius appellaverat: maluit repetere rerum; non otiose, sed ἐμφατικῶς, quasi diceret, usufructu constituto licere uti frui alienis rebus; sed salva rerum ipsarum, quibus fruimur, substantia. Id hanc significationem habet, hactenus usufructuario esse utendi fruendique ius, ne fructuarius quomodo libet, re fructuaria utatur; sed ita, ut post usum maneat salva & integra substantia rei fructuariæ, quæ ante usum fuerat. Qua adiectione duo removentur a iure fructuarii: consumptio rei; & transmutatio in aliam formam. Qui usumfructum habet, sic re uti potest, ne consumat. Ut puta ovium usumfructum qui habet, non occidet, ut carne vescatur. Pugnat cum natura usufructus rem consumi. Unde placet usumfructum non esse in iis rebus quæ usu consumuntur. *§. constituitur*, *Inst. de usufr.* Sed nec fructuarius rem transformabit. Ut, ædium usufructu relicto, non mutabit cœnacula, non diruet, non ædificabit nova. *L. si cuius*, *13. §. sed si ædium*, *D. de usufr.* De quibus postea plenius in iure fructuarii. Sed cum in verbis utendi fruendi nihil contineatur de substantia rei, quo aperte declaretur eam post usum salvam manere debere: unde hæc pars sumpta est a veteribus, præter verbi, ut videtur, significationem? Ducta est ex vi contrariorum. Sive enim usus tantum constitutus est, sive usufructus, hoc constare debet, semper usum esse constitutum. Inest namque in fructu usus; nec quisquam frui potest, ut non utatur. *L. per servum*, *§. 1. D. de usu & habit.* Contraria autem usus & abusus. Quo fit, ut si cui ius datum est utendi a proprietate separatum, huic non sit ius abutendi, quod est contrarium. Iam vero qui sic utitur, ut tollat iterum utendi caussas, dum substantiam rei tollit, vel consumendo, vel transformando, is re abutitur, non utitur. Unde quæ res usu consumuntur, dicuntur a nostris consistere in abusu. *L. 5. §. 1. & ultim. D. de usufr. ear. rer.* Quapropter utendi fruendi verbo hæc ipsa substantiæ consumptio & transformatio ut res contraria removeri intelligitur. Qua remota necesse est hoc relinqui, ut in usufructu utenti fruenti salva rerum substantia manere debeat. Argumentum hoc est Ciceronis in Topicis in argumento ex contrario, ut probet bonorum usufructu legato, non pertinere ad fruendi ius eas res, quæ usu consumuntur. Quippe, inquit, usus non abusus legatus est: ea sunt inter se con-

contraria: Ista autem consumptio in abusu.

XV. Hæc veterum definitio est de usufructu; & [7] recta, quæ omnem usumfructum continet, & sic usufructus est propria, ut aliis rebus non conveniat: quæ sunt leges rectæ definitionis. Quidam tamen metuunt, quæ magna pars est, ne utrumque contra sit, si ius utendi fruendi interpretamur, ut supra, nihil amplius quam potestatem utendi fruendi iure tributam. Sic enim videri potest definitio in quibusdam minus continere, quam definitum; in quibusdam etiam plus, ut aliis etiam rebus conveniat. Minus continere in eo, quod dicitur esse ius in alienis rebus. Est enim etiam usufructus quidam cum proprietate coniunctus, nempe is quem dominus habet, quem cum habeat in re sua, perspicuum est non posse dici esse ius in re aliena. Sed de eo iam satis respondi. At saltem videbitur definitio esse latior, & convenire etiam aliis rebus. Puta iuri emphyteutico, & iuri conductoris in re conducta. Ius quidem emphyteuticum quis dixerit esse ius utendi fruendi alienis rebus, dicitur enim fundus vectigalis seu emphyteuticus dari fruendus. *L. 2. D. si ag. vect. §. adeo, Instit. de loc.* Conductor autem ex conductione nanciscitur potestatem re conducta utendi fruendi. Unde nisi illi res ex hac caussa traditur, agit in hoc ex conducto, ut sibi frui liceat. *L. ex conducto*, in princ. *L. si fundus, D. loc.* Constat autem neque ius emphyteuticum, neque ius conductoris in re conducta esse usumfructum, neutrum enim est servitus; usufructus autem servitus. *L. 1. de servit.*

XVI. Sed ne nos moveant hæ species, ut dum has removere volumus, aut addamus aliquid definitioni, aut significationem verbi iuris in ea mutemus. Non sunt hæc servitutes, eoque nec usufructus. Sed nec definitione superiore usufructus continentur. Ius emphyteuticum non est ius utendi fruendi solum, sed & alienandi, & in totum de re statuendi, ut libet, tanquam alteri domino, ut suo loco ostendimus. Usufructus autem nihil, nisi utendi fruendi ius; non etiam alienandæ rei: aut de ea statuendi, quæ aliena est. Item emphyteuta [8] uti frui potest, etiam mutata rei substantia. Potest enim in fundo emphyteutico quidvis instituere, & extruere, in quo sunt meliorationes, quæ illi tribuuntur. *L. 2. L. 3. C. de iur. emph.* Usufructus, seu fructuarius propter usumfructum substantiam rei mutare non potest ex definitione. Quod ad ius conductoris attinet: non est, quod reformidemus affirmare conductorem in re conducta ius utendi fruendi non habere. Conductio eo spectat, ut ipse re conducta utatur fruatur, & in eam quoque rem ex conducto actio est. Plus dico: conductor, rem tradente & patientiam præstante domino, habet re utendi fruendi facultatem. Sed non ideo simpliciter [9] utendi fruendi ius habet, de quo nunc quæritur. Idque ita demonstrari potest. Nulli invito ius, quod habet, auferri potest. *L. ult. D. de pact.* At dominus, idemque locator facultatem fruendi re conducta auferre potest conductori etiam sine vi, & quidem ita, ut non possit conductor usum rei retinere, nedum persequi. Licet enim domino ædes locatas vendere, quibus venditis, potest impune expellere inquilinum emptor, qui locationi stare non cogitur. *L. emptorem. C. de loc. & cond.* Quocirca ius utendi fruendi re conducta conductor non habet. Id efficitur etiam hoc modo: Is dicitur ius & rem aliquam in bonis habere, qui & possidens ad eam retinendam exceptionem habet, & amittens ad eam recuperandam habet actionem. *L. rem in bonis, D. de acquir. rer. dom.* At conductor, re a locatore vendita, utendi fruendi ius adversus emptorem non modo possessione amissa persequi non potest, sed ne possidens quidem retinere, ut ostendi. *d. L. emptorem. C. de locato.* Quare non habet conductor utendi fruendi ius in re conducta. Longe aliter usufructus, aliter ius utendi fruendi, cuius retinendi & persequendi caussa suæ sunt fructuario actiones; & hæ in rem adversus omnes rei possessores, quive de usufructu faciunt controversiam, confessoria & negatoria, de quibus postea. Atque hæ vere hoc ius esse fructuarii, & in bonis eius haberi indicant ex definitione *d. L. rem in bonis, D. de acq. rer. dom.*

CAP.

7) Vid. Hot. *in pr. I. h. t. & Ill.* Q. 24. ubi ait septem esse rivales huius definitionis: Emphyteutam, heredem fiduciarium, maritum, precario tenentem, colonum, cui antichresis constituta, & proventus annui legatarium. vid. & Io. de Castillo *de Usuc.* C. 4. & 5.

8) Ita & Castillo *d. C. 5. n. 16. & seqq.* addens emphyteutam quodammodo re propria uti, & fructuarii debilius ius esse, cum emphyteutæ sit hereditarium, & Hot. *d.* Q. 24.

9) Non habet ius in rem, nec, ut fructuarius, *L. 38. h. t.* suo, sed alieno nomine fruitur, Castillo *d. C. 5. n. 21. & seq.* Ius hic est dominium iuris, in locatione autem vinculum iuris tantum, ita Hotom. *d.* Q. 24. Et usus rei conductæ facti est, facultas magis fructus percipiendi, quam ius constitutum, Hot. *ad pr. I. h. t.*

C A P. I I I.

De usufructu acquirendo. Hanc acquisitionem ita esse, ut est is, qui constituit. Constitui usumfructum aut aliunde, aut acquirentis solius usu. Aliunde aut a lege, aut alieno facto. Hoc factum aut a privatis esse, aut a iudice in iudiciis divisoriis. Legitimus ususfructus quibus in caussis receptus, & quibus tribuatur. In privatis a quibus constitui possit; & quæ res hunc recipiant.

Transitio, & divisio. I.
Legitimus ususfructus triplex. II.
Patris in bonis filiifamilias adventitiis & quæ illius privilegia. III.
Item patris in bonis emancipati. Et pro qua eorum parte. IV.
Item mulieris iterum nubentis in rebus quæ a priore marito habuit. Quæ res eiusmodi, & quatenus illa utatur fruatur. V.
Cur alia de legitimo usufructu prætermissa. VI.
Ususfructus alieno facto quæsiti duplex constituendi ratio; & quæ. VII.
Tria ad eam constitutionem necessaria, & quæ. VIII.
Persona constituentis, solus dominus. Et qui hac in re talis. IX. XI.
An emphyteuta & superficiarius constituant usumfructum. Et quo iure. X.
Res item necessaria quæ usumfructum recipiat. Et quæ sint eiusmodi, aut contra. XII. XIII.
Cur & veterum numismatum, statuæ atque picturæ, uti & prædii sumptuosi recte constituatur ususfructus. XIV.

I. QUando de usufructu habendo tuendoque agitur, eo quem supra definivimus, primum in eo curandum est, ut habeatur. Sic habebitur, si erit quæsitus. Prima igitur hic quæstio ex tribus illis, quas libri superioris capite ultimo proposuimus, quomodo ususfructus acquiratur, ut noster fiat. Sic acquisitio est. Aut constituitur nobis aliunde, aut usu & possessione nostra nobis acquiritur. Constituitur aliunde partim lege, partim alieno facto atque opera. Ut sit constitutus ususfructus duplex: legitimus, & alieno facto quæsitus.

II. Legitimum usumfructum triplicem esse, seu tribus in caussis lege datum esse animadverto.

III. Quidam est ususfructus adventiciorum bonorum filiifamilias. Is datus est constitutionibus parenti, qui filium in potestate habet, in bonis filii nec castrensibus, nec quasi castrensibus: sed [1] cæteris, quæ tamen aliunde, quam a patre filio obvenerunt; quæ adventicia appellamus. Ante plena proprietas eorum quærebatur patri. Post iis constitutionibus proprietas patri adempta: ususfructus ex veteri iure illi relictus. Ius constitutum a Iustiniano in *L. cum oportet, L. ult. C. de bon. quæ lib.* De ea specie diximus *supra Libri superioris Cap.* 5. Habet hic ususfructus singularia duo præter normam reliquorum. Quominus enim recederetur hic ab ea proprietate, quæ solida prius patris erat, placuit superioribus constitutionibus hunc usumfructum [2] immunem esse & a satisdatione fructuaria, & a reddendis finito usufructu rationibus: potestate rerum admi-

nistrau-

1) *L. 1. 2. & t. t. C. de bon. matern.* de quo & eius singularibus vid. Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n.* 16. *& seqq.* Scip. Gentil. *Lib. de Bon. matern.* Gomez. *in L. Taurin.* 48. Forst. *Lib. 7. de Success. Cap.* 20. *& seq.* Io. del Castillo *Quotid. Contr. de Usuf. C.* 3. Quod si monasterium ingressus pater, an ususfructus interim dum vivit ad monasterium pertinet, an ex die ingressus ad proprietatem revertitur? Prius probant, Gomez. *in d. L.* 48. *n.* 8. Pinel. *in d. L. 1. P. 1. n.* 47. *& seqq.* Sc. Gentil. *de Bon. mat. C.* 7. *cir. fin.* Posterius Fach. 6. *Contr.* 12. Casus quibus ususfructus patri non obvenit, vid. *supr. Lib. 9. C. 5. N.* 27. *& seqq.* Quid si ususfructus filiofamilias legetur? Suerin. *de Usuf. accr. p.* 10. *& seq.* stricta ratione acquiri patri, sed ex benignitate acquiri filio ex ratione *L. ult. Cod. h. t.* quia magis contemplatione filii legatum, & Vaud. 1. *Q.* 15. Quod & facilius admittendum in feudo filiofamilias constituto, tum quia contemplatione militiæ datum creditur, itaque iure castrensis peculii censetur: tum quia hoc actum ne patri acquiratur, tum quia servitia & onera sunt filiifamilias, tum quia Ius Longobardorum tantos patriæ potestatis effectus non novit, sed filius plenissimam rerum partarum proprietatem consequitur, ut ex *L. un. de adept. in Longob. lib. 2. & simil.* probat Iul. Ferret. *in Addit. ad Diff. Iur. Civ. & Longob. tit. de Patr. pot.* Atqui leges Longobardorum Feudales suas vocant 2. *Feud.* 1. ibi *legibus nostris*.

2) Datur id tum reverentiæ paternæ, Pinel. *d. lo. n.* 20. tum affectui, ex quo censetur parens semper optimum consilium capere pro liberis, Castillo *d. loc. n.* 86. add. Sc. Gentil. *de Bon. matern. C. 8. & C.* 11. Quando alienare possit pater sine decreto & quæ bona, vid. Pinel. *in d. L. 1. P. 3. n.* 21. *& seqq.* Castillo *d. C. 3. n.* 65. *& seqq.* Fachin. 6. *Contr.* 40. Scip. Gentil. *de Bon. mat. C.* 19.

nistrandarum libera patri concessa. *d. L. cum oportet*, *§. non autem*, *L. ult. §. sin autem, legata*, *C. de bon. quæ lib.*

IV. Alius est ususfructus item patri datus in bonis filii; sed emancipati. Is constitutus est eiusdem principis constitutione patri emancipatori pro præmio emancipationis in bonis filii adventiciis, quæ illi ante emancipationem quæsita erant: non tamen omnibus, sed in dimidia tantum parte eorum. *d. L. cum oportet*, *§. cum autem*, *C. de bon. quæ lib. §. hoc quoque*, *Inst. per quas pers. nob. acq.*

V. Tertius quidam est in rebus mulieris, quæ iterum nubit. Est autem huiusmodi. Si mulier superstitibus ex priore matrimonio liberis transierit ad secundas nuptias: quæcumque a priore marito consecuta est ex liberalitatis caussa, puta sponsalibus, donatione propter nuptias, donatione caussa mortis, legatis aut fideicommissis: quæcumque item ex successione liberorum prioris matrimonii ad eam pervenerunt: placet in his omnibus habere eam 3) possidendi tantum fruendique ius, alienandi facultate adempta; dum modo quandiu mater vivet, tandiu & filii ex priore matrimonio suscepti vel omnes, vel aliqui ex his vivant, utpote quibus constitutione consulitur, quo matre his superstitibus mortua ad eos bona illa redeant, & redeant ad omnes ex æquo, non ad certos aliquos, quos matri eligere visum fuerit. Quod si nulli sint hi liberi, sive quod viva matre esse desierint; placet nihil innovari, sed exinde plenam proprietatem integram esse matri, ut de rebus supra scriptis omnibus statuere possit ut domina pro arbitrio. Comprehensum hoc ius est *L. 3. & authent. seqq. C. de secund. nupt.*

VI. In hoc genere toto legitimi ususfructus non quærimus pluribus, quis constituat, quomodo, & quibus in rebus versetur: non quod non omnia hæc in omni usufructu spectanda sint, quibus & ususfructus constat: sed quia in hoc genere non est necesse, cum hic fere sint certa. Lex enim est, quæ constituit. Nemo dubitat quin sit constituendi potestas penes legem, cui omnes in civitate parere oportet. *L. 1. L. 2. D. de legib.* lubet illa, aut vult. Voluntas ipsa sola rata est. *L. non dubium*, illic *quod ad omnes*, *C. de legib.* eoque ad omnem constituendi ususfructus rationem sufficit. Quorum bonorum ususfructus hic constituatur, ex verbis superiorum legum intellectum est. Tantum hoc notandum est, verbo bonorum non aliarum rerum usum ad fructuarium patrem pertinere, quam earum, in quibus haberi potest ususfructus, & quatenus potest. De quo dicetur in proximo genere.

VII. Alieno facto qui quæritur & constituitur ususfructus, ita est, ut aut constituatur a privatis extra iudicii caussam; aut a iudice in iudicio; atque ita fiat constitutio hæc duplex, privata, & iudicialis. Sic enim docendi caussa nobis loqui liceat. Utraque ita rata ad usumfructum nobis acquirendum, si ea recte erunt, quæ iusta constitutio desiderat.

VIII. Ea tria sunt: Persona constituentis, ut sit qui constituendi ius habeat: Res fructuaria, ut sit quæ usumfructum admittat: Constituendi modus, ut sit legitimus. Non adiicimus acquirentis personam, quia quibus res acquiri possint, satis in universum supra diximus. De reliquis non idem servatur in utroque genere. Ideo quid sit proprium utriusque separatim cognoscendum.

IX. Privati usumfructum si constituunt, superiora tria in eo ita se habent. Si de persona quæritur, constituendi ius habet rei dominus, & is quidem iure solus. Solus enim hic utendi fruendi ius habet prius, quam ususfructus fuerit a proprietate separatus. *§. 1. Inst. de usufr. L. uti*, *D. si usufr. pet.* Absurdum sit autem plus iuris quemquam ad alium transferre, quam ipse habuit. *L. nemo plus*, *D. de regul. iur.*

X. Hinc illa dubitatio, an in fundo emphyteutico, aut superficie constitui possit ab iis, qui eum fundum, aut superficiem in alieno solo habent, quoniam hi domini non sunt. *L. 1. D. si ag. vect. L. 2. D. de superf.* Et quidem etiam hac de caussa iure civili & directo ab iis constitui non posse convenit: sed constitutum placuit iure prætorio defendi utilibus actionibus, tanquam constitutum ab iis, quos prætor in fundo ipso & superficie tuetur quasi dominos, accommodata prius illis utili in rem actione. De superficiario scriptum est in *L. 1. §. penult. & ultim. D. de superf.* Cui usumfructum constituere si licet: multo citius constituet emphyteuta, cui plus iuris est in re, quam super-

3) Vid. *Lib. 9 C. 3. N. 2.* & Scip. Gentil. *Lib. de sec. Nupt. C. 2. & 3* Castillo *de Usuf. C. 2. n. 9. & multis seqq.* ubi *n. 14.* idem obtinere in marito secundam uxorem ducente, de quo & Forst. *Lib. 7. de Success. C. 11.* Quid si ex consensu filiorum mater nupserit. Evitari pœnas, quia iniuria consensu tollatur, Forst. *d. Lib. 7. C. 13.* Castillo *d. C. 2. n. 93. & seqq.* ubi tamen *n. 110. & seqq.* aliquot casus distinguit.

perficiario, cum ille etiam soli quodammodo dominus sit, hic tantum superficiei. Inde dictum usumfructum eiusmodi non iure constitutum, sed tuitione prætoris. *L.* 1. in princ. *D. quib. mod. usufr. amitt.*

XI. Dominum cum dicimus usumfructum constituere posse, etiam eum intelligi volumus, qui nudæ proprietatis dominus est, qui & ipse in usu iuris, quanvis detracto usufructu, nihilominus in totum dominus dicitur, *L. recte, D. de verbor. signific.* Etiam hic recte constituet & legabit usumfructum, ut legatum exitum habeat, cum [4] usufructus ad proprietatem redierit, sive id vivo testatore contingat, sive mortuo; & sive ante aditam hereditatem, sive post aditam. *L. si dominus, antepen. L. quod nostrum. 63. D. de usufr.* Extra hos in privatis frustra quisquam usumfructum constituat.

XII. Sed nec omnium rerum est usufructus. Non omnes usumfructum recipiunt, aut non statim. Iam primum [5] incorporalium rerum, veluti viæ, itineris, aquæductus usufructus aut usus, servitus denique servitutis constitui non potest. *L.* 1. *D. de usufr. leg.* Est enim usufructus, & servitus omnis, qualitas, ut in definitione servitutis ostendimus. Hæc autem nisi in corpore, non consistit, eoque nec usufructus. *L.* 2. *D. de usufr.* Habet hoc quoque hanc rationem. Etenim usufructus usum quoque in se habet: unde & definitur ius non fruendi tantum, sed utendi fruendi: atque adeo sine usu usufructus esse non potest. *L. per servum*; §. 1. *D. de us. & hab.* Atqui re uti est rem tractare: neque porro tractari res potest, nisi quæ & tangi: nec tangi, nisi res corporalis. *Instit. de reb. corp. & incorp.* Ex quo efficitur, nec usum, nec usumfructum, nisi in re corporali constitui non posse.

XIII. Corporales autem res omnes usumfructum recipiunt, tam mobiles, quam immobiles: sed & ipsæ suis conditionibus. Quæ conditiones duæ sunt. Una, si modo res ad aliquid sint utiles: altera, si vel usu non consumantur, vel si consumuntur, cautio in his usitata interveniat. Primum si qua res est eiusmodi, cuius in utendo nulla utilitas, aut commoditas sit; eius usufructus constitui non potest. Redire enim oportet ad illa principia, usumfructum servitutem esse: *L.* 1. *de serv.* nullam servitutem esse, nisi quæ sit parata commodi nostri caussa, ut docui in definitione. *L. quoties nec, eod.*

XIV. Atque hinc illæ dubitationes veterum in usufructu, an numismatum [6] veterum usufructus relinqui possit; an statuæ & imaginis; an eius prædii in quod plus impendamus, quam ex eo acquiramus. De quibus responsum est ex superiore distinctione. Placet igitur numismatum usumfructum relinqui posse, si aurea sint aut argentea, & his pro gemmis uti soleant, ad pilei puta, aut vestis ornatum: alioqui non posse, quia tum eorum nullus sit usus. *L. numismatum.* 28. *D. de usufruct.* Reliquorum quæ dixi, placet usumfructum utiliter relinqui sine exceptione. Statuæ quidem & imagines, quia & ipsæ suam utilitatem atque ornamentum habeant opportuno loco collocatæ: prædii autem sumptuosi ideo, quia satis sit [7] fructum aliquem ex eo capi posse, ut hactenus consistat usufructus, etsi forte aliunde plura sint incommoda. *L. statuæ.* 41. *D. eod.* Quid enim sibi expedire quisque existimet, arbitrio cuiusque domini in re sua permittendum est. *L. libertus.* 36. *D. de bon. liber.*

CAP.

4) Atque hic verior est sensus *d. L.* 63. Unde non est, quod ex illa probet, A. Faber ut *C. praced. N.* 5. Ergo nullum usumfructum dominio coniunctum esse, nec quod in ea concilianda cum aliis, quæ usumfructum domino tribuunt se torqueat, post alios Castillo *de Usuf. C.* 1. *n.* 39.

5) Est tamen & nominum usufructus *L.* 3. *de Usufr. ear. rer.* & Usufructu omnium bonorum legato, etiam quod in actionibus est computatur *L. ult. de Us. leg.* Sed constituitur in actionibus ratione rerum, quæ per illas petuntur, quia actionem habens, rem ipsam habere videtur. Agere igitur poterit, ut re obtenta utatur fruatur.

6) Forner. *Col.* 2. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Glo.* 7 *n.* 111. Nam & nummi quidam mercis loco habiti, ut Victoriati, victoriæ imagine signati ex Illyrico advecti. Plin. *Lib.* 33. *C.* 3. de quo Manut. *de LL. Rom. p.* 145. Briss. 1. *Antiquit.* 8. Curt. 2. Coniect. *ad Fr.* 16. Sc. Gent. 2. *Parerg.* 5. *in fin.*

7) Vid. Io. del Castillo *de Usufr. C.* 49. ubi *n.* 10. accipit *d.* §. 1. de prædio serviente amœnitati & voluptati, non vero sterili, ut vulgo, quasi respectus habeatur ad utilitatem futuram, quando excultus redditum.

C A P. IV.

De usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, cum ab aliis, tum a lege constituto.

Rerum corporalium quæ sunt in fructu alias usu *consumi; alias minime*. I.
De usufructu rerum prioris generis triplex quæstio; & quæ illa. II.
Quæ res ad prius genus pertineant; & quomodo distinguantur. III.
Cur & in eodem genere censeatur numerata pecunie. IV.
An & vestimenta. Quomodo locus Iustiniani §. constituitur 2. verb. vestimenta Inst. de usufr. *interpretandus*. V.
Rerum quæ usu *consumuntur nullus est proprie & vere ususfructus: sed quasi ususfructus; & quare, & quo iure utrumque*. VI.
Quasi usumfructum constituunt iura hinc acquisita fructuario; & hinc alia proprietario. VII.
Fructuario quæsita: rerum istarum proprietas, & consumendi facultas: & quare hæc iura permissa fructuario. VIII.
Proprietario recepta cautio fructuarii; se tantumdem *restituturum, si quando* moriatur, aut capite deminuatur. IX.
Cautio illa quid sit; quas partes habeat. X.
Cautio restituendi quatenus quasi ususfructus rerum essentiam constituat, & quid amplius usufructu tribuat fructuario. XI. XII.
Item quomodo in utrumque illum casum concepta, si moriaris, aut minuaris capite, *sit præcipua differentia & forma huius quasi ususfructus*. XIII.
Item quare in hunc dumtaxat duplicem casum formata. XIV.
Sine illa non posse stare quasi usumfructum. Frustra eam vetari a testatore; omissamque initio posse incerti conditione repeti; & finito usufructu condici ipsam quantitatem. XV. XVI.
Cur ad hunc quasi usumfructum constituendum auctoritas S. C. necessaria. Quæ hinc enata generalis de usufructu omnium rerum iuris definitio. X. II. XVIII.
Quæ sit iuris de eo quasi usufructu constituti ratio & utilitas in legitimo usufructu bonorum adventitiorum filiifamilias. XIX.
In usufructu adventitiorum quid a patre exigatur nomine earum rerum quæ usu consumuntur. XX.

I. SEd etsi rerum corporalium sit aliquis usus, tamen ad usumfructum recipiendum alia caussa est earum rerum, quæ [1] usu non consumuntur, alia earum, quæ consumuntur. Quæ non consumuntur usu, hæ demum proprie ac statim natura sua usumfructum recipiunt. Sunt enim eiusmodi, quibus quanvis alienis manentibus uti possumus, & ita uti, ut maneat post usum salva rerum substantia: quod ususfructus definitio desiderat. Ideo in omnibus potest ususfructus constitui, non tantum immobilibus, ut fundo & ædibus: sed & mobilibus tam animatis, quam inanimatis, ut servis, iumentis, nave, vestimentis, & similibus. §. *constituitur*, *Inst. de usufr. L. usufructu*, 7. *L. sed etsi quid* 15. §. 1. 2. 3. *L. arboribus*, 12. §. *navis*, *D. de usufr.* Non eadem conditio est earum, quæ usu consumuntur. Hæ natura sua non recipiunt usumfructum. Iure tamen placet recipere: sed ad certum modum, & certa interposita cautione. *d.* §. *constituitur*, *de usuf.*

II. Quo recepto, de usufructu earum rerum constituendo quærentibus tria hæc constituenda sunt, Quæ sint res huius generis; Qua conditione usumfructum recipiant; & Qualis sit is ususfructus.

III. Sunt autem res huius generis, partim quibus uti non possumus nisi ad vescendum, ut vinum, oleum, frumentum, legumina, arborum fructus, & similia: *L. si vini*, *L. pen. D. de usufr. ear. rer.* partim quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca, & odores: *d. L. pen. eod.* partim quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut nisi mutatæ ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles. Talis est lana, de qua in *d. L. pen.* Ea

1) Quarum fructus separari a corporibus non potest. Et usu consumi dicuntur, quando citra sui consumptionem nullum usum præstant. Hot. ad §. 1. I. h. t.

Ea ad vestimenta & stragula conficienda utimur: extra hunc usum alioqui propemodum inutili, certe non magno usui futura. Atqui ad eas res si consertur lana, ipso usu consumi eam necesse est. Scimus enim prius nendam esse, & in filum transformandam: sic deinde etiam ex filo corpus id texendum, quod inde exstare volumus.

IV. Proprie in hoc numero non est pecunia numerata, & omnino non est, si quis substantiam spectet. Ut enim maxime pecuniam cum re permutemus, solvamus, aut donemus alii: semper tamen manent ipsa corpora: quapropter nec eo usu consumuntur. Sed si spectetur is, qui ita utitur alienando, vi ipsa illi pecunia eo usu consumi intelligitur. Tam enim eo usu dominus ac possessor esse desinit, quam si consumpsisset; quia fit pariter utroque modo, ne iterum uti possit. Idque est, quod dicitur in *§. constituitur, Inst. de usuf.* pecuniam numeratam ipso usu allidua permutatione quodammodo exstingui. Non exstinguitur vere: sed quodammodo, quia effectu hoc idem evenit utenti, non enim utitur, nisi permutatione: hæc autem rem illi tam aufert, quam ipsa consumptio. Quamobrem & in numero istarum rerum pecunia numerata maxime habetur, ibidem, & *L. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer.*

V. Illud cautione indiget, quod in *d. §. constituitur*. Numerantur in eodem genere vestimenta. Hic vestimenta si proprie accipimus, nihil minus verum est, quam vestimenta ex numero esse earum rerum, quæ usu consumuntur: nihil minus verum, quam eorum usumfructum eodem iure cum usufructu istarum rerum haberi. Certum est vestimentis ita nos uti, ut usu ipso non consumantur, sed durent in longum tempus. Atteruntur paulatim longiore usu: sed & navis atteritur, & iumenta; quas tamen res nemo dicit usu consumi, constatque earum usumfructum in hoc numero rerum non haberi. *L. arboribus, 12. §. navis, D. de usufr. d. §. constituitur, Inst. eod.* Sed & in his [2] qualiacumque vestimenta sint, naturalem usumfructum esse; non eum qui constituitur in iis rebus, quæ usu consumantur, aperte declaratur in *L. sed etsi 15. §. etsi vestimentorum, D. de usufr. L. si ususfructus, 9. §. pen. D. usufructuar. quem. cau.* ex quibus locis quid inter utrumque intersit, cognoscetur. Quamobrem res cogit, si quidem sine vitio locum scriptum esse volumus, vestimenta apud Iustinianum interpretari dicta abusive, seu μετωνυμικῶς, aut si quis mavult συνεκδοχικῶς, ut sit effectus pro caussa; vel res pro materia rei: vestimenta pro re & materia, unde vestimenta conficiuntur: atque ita intelligatur lana, ex qua vestimenta. Et certe lana numeratur inter res huius generis, non autem vestimenta in *L. penult. D. de usufr. ear. rer.* Quæ interpretatio ne cui videatur nova, aut minime recipienda; plane in ea servamus id, quod de interpretatione verborum præcipitur in *L. non aliter, 69. D. de leg. 3.* Id autem est, ut si quidem non aperte repugnante sententia scriptoris licet sequi significationem propriam verbi, ne ab ea recedamus. At si manifestum sit aliud sensisse scriptorem; tum ab ea recedamus, sumamusque eam significationem quanvis non propriam, quam usus verbi dare poterit ex loquentis sententia. Porro in legibus si quæritur, an aliud lex senserit, quam verbum proprie significat, docemur alibi ex eo æstimare, si eam significationem secutis lex non caret vitio. Sumere autem, quod proximum est, & sine vitio. Id vero maxime ex legis voluntate putatur. *L. in ambigua D. de legib.*

VI. Hæ 3 res neque naturali ratione neque civili proprie recipiunt usumfructum, ut est in *d. §. constituitur, Inst.* de

2) Ita & Fachin. 8. *Contr.* 41. distinguit inter res quæ usu consumuntur, ut nummi, vinum, & quæ usu minuuntur, ut vestes *dd. LL.* vasa *L. ult. Us. quem. cav.* Has posteriores restitui finito usufructu uti inveniuntur, nulla ratione habita æstimationis, tempore traditionis, per *d. L. 9. §. 4. L. 1. in pr.* verbis, *restituturum quod inde exstabit d. s.* Sed sic non satisfit difficultati, ex *d. §. 2.* quam ne attingit quidem. Ant. Matth. *in not. d. §. 2.* Tribonianum voculam *vestimenta* ibidem, temerario casu inseruisse. At qua ratione quave spe commodi? Hot. *ibid.* probabilior distinctio est inter quotidianas vestes, quarum quasi ususfructus *d. §. 2.* & lugubres, scenicas, ac similes quarum perrarus usus, de quibus accipit *d. L. 15. §. 4. d. L. 9. §. pen.* & fere Fornet. 1. *Select.* 21. Arumæ. *in Iustin. 5. Th.* 18. Hac ratione fiet, ut vestium quotidianarum usufructu legato, caveri debeat de restitutione vestium, eadem bonitate, vel pretii illarum, facta æstimatione, ut & iudicatum tradit Tessaur. *Decis.* 80. *n.* 1. Neque sic nulla omnino utilitas huius ususfructus, sed aliqua in interusurio medii temporis. Io. del Castillo *de Usuf. C. 51. n. 8.* esse quidem in vestibus usumfructum improprium: sed in *d. §. 4.* aliud statui ex voluntate testatoris, ac hoc non agi ut dominium earum transeat, cum non sit olusfructus quantitatis, sed corporis ac speciei. M. Lyclama *Lib. 5. Membr. Ecloga* 24. Hoc commune esse rebus quæ usu minuuntur tantum, cum rebus seci ususfructus; quod proprietas non transit; ideoque illas non cautione SCti, sed ordinaria regi *L. ult. us. quem. cav.* Quia tamen haud perinde salvæ hæ res manent, cœpisse illarum quasi usumfructum haberi *d. §. 2.*

3) Io. del Castillo *de Us. C. 53. n. 2.* A. Fab. 1. *Iurispr. 12. Pr. 7. Ill. 7.* Hot. *ad L. 1. C. h. t.* Ususfructus, inquit, est ius in corpore. Res quæ in abusu consistunt, corporibus opponuntur, nec in iis corpus, sed quantitas spectatur. Et quia cautio non vere se proprie subiectum; illa autem efficit ut habeatur ususfructus: idcirco, nec vere nec proprie ususfructus. Indigne autem ICtum in *d. L. 2.* reprehendit Toram. *Lib. sing. de LL. P. 1. C. 4. n. 6.* quia nihil ad legem naturæ, proprius sit, an improprius pecuniæ ususfructus. Nam facilis est defensio. Iure iam ita constituto, naturalis ratio impedit, quia natura legem dixit contrariis, ut eodem subiecto uniri nequeant. Hinc

de usufr. Non naturali: quia re consumpta non potest salva esse rerum substantia: quam tamen salvam ususfructus natura desiderat. Sed & hæ res ut iure consumi possint a fructuario, dantur fructuario, ut fiant eius. Ususfructus autem natura sua non nisi in rebus alienis. Non civili: quia in vero usufructu hæc iure civili recepta cautio est; ut fructuarius caveat se eam rem, quam accepit, quæ quidem exstabit, restituturum. *L.* 1. *D. usufructuar. quem. cau.* Hoc autem de re consumpta frustra caveatur: certe præstari non potest. Sed senatusconsulto effectum est, ut earum quoque rerum non quidem proprie ususfructus, at quasi ususfructus, posset constitui. *L.* 2. *D. de usufr. ear. rer.* Quod quale sit, ex ipsa ususfructus constitutione cognoscetur; quæ describitur summatim in *d. §. constituitur, Inst. de usufr.* Ex qua eadem intelligetur, & qua conditione constituatur, & qualis sit hic ususfructus: quæ duo reliqua sunt, quæ supra quærebamus.

VII. Res sic transigitur. Est hic, quod detur fructuario; est vicissim, quod is præstet proprietario. In utroque propria quædam huius ususfructus: atque in his huius ususfructus constitutio.

VIII. Datur res fructuario fruendi caussa. Commune hoc cum usufructu reliquarum rerum. Hæc propria duo. Transfertur in eum proprietas ipsarum rerum, & consumendi facultas. Sic enim dantur ei res, ut eius fiant, quo deinde, ut videtur, consumere liceat. *d. §. constituitur, L. si vini, D. de usufr. ear. rer.* Res in hoc genere ideo receptæ, non quia his rebus quæ usu consumuntur, placeat singulari aliquo iure quidquam tribui præter cæteras; sed quia si volumus in his usumfructum constitui, necesse est prius illa recipi, sine quibus usus earum rerum constitui non potest: ac non potest sine istis. Nam neque his uti possumus, nisi consumamus; neque possumus consumere nostro iure, nisi pro potestate dominorum, quibus solis licet de rebus statuere, ut volunt. Utrumque in vero usufructu cæterarum rerum non necessarium, quia rebus his frui possumus manente rerum substantia; & quia non consumuntur, etiam frui ut alienis, non ut nostris. Unde placet nec in aliis usumfructum posse consistere. Quæ res facit, ut si in usufructu earum rerum quæ usu consumuntur, nihil amplius sit, quam superiora, plane in his ususfructus intelligi non possit, cum sint hæc non modo ex usufructu, aut ei finitima, sed plane usuifructui contraria, ut indicat definitio ususfructus.

IX. Sed ut his admissis nihilominus in hoc genere rerum consistat ususfructus, facit id, quod vicissim præstat fructuarius. Præstat cautionem senatusconsulto receptam, qua promittit se restituturum tantumdem, cum *mortuus aut capite minutus* erit. *d. L. vini, de usufr. ear. rer. d. §. constituitur* in fin. Remedium opportunum, quod hic vi ipsa usumfructum repræsentet, *d. L.* 2. *de usufr. ear. rer.*

X. Qualis ergo sit cautio, & quid contineat, videamus. Et in toto fere *Titulo de usufr. ear. rer.* ubique cautio solum nominatur, non satisdatio. Sed sciendum est hanc cautionem habere satisdationem, vel potius satisdationem esse, ut declaratur in *d. §. constituitur*. verf. *itaque de usufr.* Cavere est stipulanti quid promittere. *L. sancimus, C. de verb. sign.* Satisdare, cavere fideiussoribus datis, id est iis, qui idem adpromittant. *L.* 1. *D. qui satisd. cog.* Habet hæc cautio, ut apparet, propria item duo, restitutionem & conditionem.

XI. Restitutionis genus hoc est. Promittit fructuarius se restituturum non easdem res, quas accepit, quod in rebus consumptis fieri non potest; sed tantumdem, sive pecuniæ ususfructus constitutus erit, sive vini, olei, frumenti, & similium rerum, quæ vere usu consumuntur. Sed in vino, & similibus commodius putatur tollendæ omnis controversiæ caussa, quæ de bonitate rerum & quantitate incidere solet, eas res fructuario dari æstimatas, ut fructuarius promittat, quanti æstimatæ erunt, tantam pecuniam se restituturum, *d. L. si vini, d. §. constituitur*. Hæc cautionis pars maxime est illud remedium, quod dicitur senatusconsulti, quo fit, ut incipiat hic quasi ususfructus haberi. *d. L.* 2. *de usufr. ear. rer.* Quod enim res restitui debet, videtur aliena esse. Et quod restituitur *tantumdem*, videtur, res ipsa, quæ accepta est, restitui; & quidem salva rei substantia. Quæ namque res usu consumuntur, sunt eædem illæ, quæ pondere, numero, mensurave constant. Atqui hæ res inter se mutuo idem præstant, dum redduntur eadem bonitate & quantitate. Unde dicun-

Hinc naturalis pugna testati & intestati. Sic in *L.* *servi* 16. *de furt.* Præsupposito quod Senatus naturam veram ususfructus, non mutaverit (Mutare autem nec potuit cum illius minor quam legis potestas) non patitur natura verum usumfructum esse pecuniæ &c.

cuntur a Paulo functionem recipere in suo genere per solutionem magis, quam specie id est, his ex eodem genere solutis magis satisfieri, quam si species eadem, quæ accepta est, soluta esset. *L.* 2. *§.* 1. *D. si cert. pet.*

XII. Quinimo hæc pars cautionis amplius quiddam tribuit proprietario, magisque illi rem confirmat, quam solent illi in tuto esse res cæteræ, in quibus proprie ususfructus consistit. Nam in cæteris ut fructuarius non efficitur rerum dominus, sed his uti debet salva rerum substantia: ita nihil amplius cavet, quam se easdem illas bona fide restituturum. *L.* 1. *D. usufructuar. quem. cau.* In his, quæ usu consumuntur, ut fit dominus, & res consumit: ita cavet, quod necesse est, se restituturum alias eiusdem generis & qualitatis, easque solum debet. Ex hac cautione & obligatione multo citius proprietario consulitur. Etenim in cæterarum rerum usufructu, prout est obligatio earum superior, si res fructuaria sine culpa fructuarii perierit, aut deterior facta sit, fructuarius liberatur. Quo fit, ut res proprietario pereat. *L. si ususfructus*, 9. *§. pen. D. de usufructuar. quem. cau. L. arboribus*, 12. *§. navis, D. de usufr.* Sumptum ex regula iuris generali, qua efficitur debitorem interitu rei debitæ liberari, qui modo sine culpa eius contigerit. *L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, D. de verbor. oblig. L. quod te, D. si cert. pet.* At qui pro re accepta promittit & debet aliud tantumdem ex eodem genere, quod fit a fructuario in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, eius periculum est, si res accepta perierit, ut in mutuo, in quo res eiusdem generis eadem lege & conditione accipiuntur. *§. item is*, illic, *at is, Instit. quib. mod. re contrah. obl.* Non enim earum interitu liberari potest iuxta regulam, quia eas non debuit. Tantum debuit alias eiusdem generis, aut æstimationem, easque generaliter & incertas. Incerte res perire dici non possunt. Atque hinc licet intelligere, quid referat, utrum dicamus in vestimentis esse proprium usumfructum, an vero esse usumfructum earum rerum, quæ usu consumuntur, quod supra attigeram.

XIII. Sed etsi hæc pars cautionis rem ad usumfructum quodammodo revocat, dum facit, ut videatur nec consumi, quæ semper velut eadem redditur: tamen si hic consisteremus, nondum esset ususfructus. Nam & hæc communia sunt cum mutuo. Consistit enim & mutuum in iisdem rebus, & in eo res similiter ita dantur, ut fiant accipientis, ut tantumdem postea reddatur. *§.* 1. *Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Additur igitur in hac cautione conditio, quæ rem propriam ususfructus facit, & hanc restitutionem a mutuo separat. Promittit enim fructuarius se tantumdem restituturum sub conditione, cum mortuus erit, aut capite minutus. *d. L. si vini, de usufr. ear. rer. d. §. constituitur, de usufr.* Hæc conditio solius ususfructus propria est. Sic enim finitur ususfructus omnium rerum, & solus. Mutuo si simpliciter res datæ essent, statim repeti possent. Conditionem hanc si adiicias, ut maxime dicas te mutuo dare: tamen vi ipsa usumfructum efficias, non mutuum.

XIV. Notandum in stipulatione de usufructu harum rerum solum interponi hos duos casus, quibus finiatur ususfructus; mortis, & capitis deminutionis. *L. in stipulatione, D.* de usufruct. ear. rer. *Idcirco*, inquit Ulpianus, *hi duo soli casus, quoniam pecuniæ* (intellige & similium rerum) *usus aliter amitti non potest, quam his casibus*. Hoc in *L. etsi*, 7. *§.* 1. *D. usufructuar. quem. cau.* Idque natura harum rerum & finis ususfructus facit. Dantur enim res, ut fiant fructuarii, & quidem utendi, id est, consumendi caussa. Proinde non finietur hic ususfructus interitu, aut mutatione earum rerum, quia hoc ipsum agitur, ut consumantur, atque ita consumptione & mutentur, & intereant. Non finietur etiam hoc modo, si fructuarius rebus non utatur per modum & tempus: quoniam cum proprietas in eum transferatur, etiam hoc agitur, ut rebus utatur suo arbitratu: quandoquidem ita est potestas domini cuiusque, ut sit moderator, & arbiter rei suæ. *L. in re, C. mand.*

XV. Illuc redeo, recte dictum esse remedio huius cautionis introducto effectum esse senatusconsulto, ut pecuniæ & similium rerum non quidem proprie esset ususfructus, quia senatus auctoritas naturam rei mutare non potuit: sed quasi ususfructus inciperet haberi. *d. L.* 2. *de usufr. ear. rer. d. §. constituitur*, in fin. *de usufr.* Quod cum efficiatur hac cautione atque hoc remedio; apparet, cautione non interposita, nullum earum rerum usumfructum intelligi posse. Eo fit, ut pecuniæ usufructu legato, aut quod idem est, usufructu legato omnium bonorum, in quibus est pecunia, quanvis hanc cautionem

nem 4 vetuerit exigi testator: tamen placeat eius pecuniæ nec usumfructum nec proprietatem aliter accipi posse, quam oblata hac senatusconsulti cautione *L. 1. C. de usuf. L. si pecuniæ, D. ut in pos. leg. esse lic.* Quippe iubetur ratum esse, quidquid testator testamento cavit: *L. verbis, D. de verbor. signific. §. disponat, Novel. de nupt.* sed hactenus, dum ne contra naturam, aut adversus leges iussa sint, quæ sunt eiusmodi, ut fieri non possint. *L. nemo, 55. D. de legat.* 1. Quod in prohibita cautione hac contingit. Nam pecuniæ usufructus natura esse non potest. Potest esse iure: sed non aliter, quam interposita hac cautione. Ita fit, ut prohibita hac cautione usumfructum pecuniæ legando, testator id velit, quod natura fieri non potest. Sed ut impossibili conditione legato adiecta, ita hic conditio pro non adiecta habebitur. Ideoque permittetur legatario satisdare, & usumfructum consequi, ut est in *d. L. si pecuniæ, D. ut in pos. leg.* Hæc ex eo, quod in pecunia & similibus rebus non potest esse ususfructus sine cautione.

XVI. Quid ergo si res datæ sint fructuario fruendi caussa sine hac cautione? Et scriptum est in *L. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer.* constante adhuc usufructu si quis velit, posse omissam cautionem condicere incerti condictione: finito autem usufructu posse condicere ipsam quantitatem. Condictio hæc repetitio est. Nascitur ex hac caussa: quæ enim hic res dantur fructuario, dantur ob caussam, nempe ut fruatur, & finito usufructu reddat. Hæc caussa non sequitur, ubi cautio non intervenit. Iam enim dixi sine hac cautione usumfructum non esse. Sic fit, ut hic condictio intelligenda sit ob caussam dati caussa non secuta; vel condictio sine caussa, quæ concurrit, & hic ex eadem caussa nascitur. At quomodo hæc condictio ad cautionem condicendam; cum constet hac actione condici id, quod datum est ob caussam, in proposito autem proprietarius nullam cautionem dederit, sed rem fruendam? Recta competit hæc condictio ad rem datam repetendam: sed alia via etiam cautionem repetit, & consequitur. Fructuarius enim hac condictione coventus alterum cogetur facere, aut rem restituere, aut cavere. Quod si fit, habet proprietarius, quod petebat, & vere dicitur cautionem condixisse, qui eam per condictionem institutam est consecutus. Quoniam autem incertum est, utrum fructuarius præstet, rem, an cautionem, bene dicta est hæc condictio incerti.

XVII. Sed ad hunc usumfructum sub hac conditione constituendum quid opus fuit auctoritate publica senatusconsulti? Quid enim, an ususfructu pecuniæ legato non potuit constitui a Iurisconsultis abusive hic mutuum constitutum videri: sub conditione tamen, ut non nisi iis casibus, quibus finiri solet ususfructus, pecunia redderetur? aut an non potuit etiam idem ususfructus constitui, & eadem conditione, quem quave condictione a senatu constitutum videmus? Omnino a Iurisconsultis neutrum potuit constitui. Mutuum quidem non potuit: Usumfructum enim dixit testator. Repugnat verbis, ut accipiatur mutuum: Pugnat enim toto genere mutuum & ususfructus; in illo res transfertur: in hoc res manet aliena. Nec dici potuit dictum testatoris sic accipiendum de mutuo propter usum rei, quasi abusive vocatus esset. Aliud est enim ambigue & obscure loqui, quod in diversas partes trahi possit: aliud nominare rem unam rei & substantiæ vocabulo, cum aliam intelligas. Hoc posterius qui fecit, nihil egit. *Qui aliud dicit*, ait Paulus, *quam vult, neque id dicit, quod vox significat*, quia non vult: *neque id quod vult, quia id non loquitur*. L. 3. D. *de reb. dub.* Veluti si quis leget supellectilem, cum vellet vestem legare: aut leget aurum, cum vellet legare electrum. *L. 4. D. de leg.* 1. Quod plane ei accidit, qui volens legare mutuum, legaverit usumfructum. Quod si retentis verbis velimus constitui pecuniæ usumfructum; id vero a privatis effici non potuit. Refragatur enim natura ususfructus, quominus res detur fructuario, ut eius fiat, & quominus utendo consumat; quamcunque rei restituendæ legem addideris. Quare ut hic ususfructus esset, publica auctoritate in eo opus fuit. Et de ea re senatusconsulto cautum. XVIII.

* 4) Consentit Hot. ad *L. 1. C. h. t.* & per *d. L. 1.* & quia ususfructus uti accidens sine subiecto, vel vero, ut sunt corpora; vel ficto, ut est cautio, constitui nequit. Et iure publico hæc cautio inducta privati voluntate mutari nequit. Bonum hoc argumentum, si inducta non tantum ad securitatem concedentis, eiusque favorem, sed potius ex necessitate, ut fingi & haberi possit quasi ususfructus, adeoque si substantia ususfructus in hac cautione consistit, quod (licet acriter nec sine ratione refragetur Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n. 78. & seqq.* qui tamen *n. 76.* a testatore remitti non posse fatetur) verius puto. Et placet Fabro 1. *Iur spr. 12. Pr. 7. Ill. 7.* ut & velit, nec heredem ipsum posse remittere hanc cautionem, quia non magis fictione iuris quasi ususfructus sine ea constitui possit, quam per rerum naturam aliquis esse. Diss. quoad hoc Gomez. 2. *Res. 15. n. 3.* volens quando constituitur contractu inter vivos remitti posse. Fach. 8. *Contr. 42.* Io del Cast. *de Usuf. C. 16. n. 26. & seqq.* Paul. Busius *ad L. 4. & 5. h. t. n. 5. & 6.*

XVIII. Post quod senatusconsultum hæc sententia recepta est de iis rebus, in quibus ususfructus constitui potest, omnium rerum, quæ in bonis sint, usumfructum constitui posse. *L.* 1. *D. de usufr. ear. rer. L.* 1. *D. de us. leg.* Proinde non tantum immobilium, sed & mobilium, ut ante dixi: neque mobilium tantum, quæ usu non consumuntur: sed & earum, quæ consumuntur; tantum hoc interesse, quod in illis vere & naturaliter est ususfructus: in his quasi ususfructus, qui proprio quodam iure constet prope ex omnibus partibus. Et ut singularum rerum ususfructus legari & constitui potest; Sic potest & 5 omnium bonorum, & partis bonorum. In quibus quid contineatur, declaratur in *L. quoties*, 34. §. *ult. L. si alii*, 42. §. 1. *L. etiam, seq. D. de usuf.*

XIX. Ius diligenter notandum, cum propter earum rerum usumfructum nominatim constitutum, tum propter usumfructum legitimum bonorum. In quo quæritur quid de his rebus, quæ usu consumuntur, & quatenus ad eum, cui ususfructus tribuitur, pertinere debeat. Et maxime propter verba constitutionum ad hanc speciem pertinentium, quæ rem dubiam faciunt. In primis vero, quæ sunt de usufructu bonorum adventiciorum filiifamilias. Quæ quo modo accipiendæ sint, ex hac parte sumi oportet. De his sic Iustiniani lex est, ut eorum usumfructum velit esse patris. *L. cum oportet*, §. 1. *C. de bon. quæ lib.* Proinde si in bonis adventiciis filii erit pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aut res similes: sciemus earum etiam rerum usumfructum esse patris, quoniam receptus est senatusconsulto earum quoque ususfructus. Et quoniam placet earum rerum usumfructum esse, etiam earum proprietas erit patris, non filii, quia ita est istarum rerum ususfructus, ut proprietas earum ad fructuarium transferatur. *d. L. si vini, D. de usufr. ear. rer.* Atqui constitutio Iustiniani ita usumfructum horum bonorum patri tribuit, ut proprietatem nominatim ei deneget, & tribuat filio. Sed intelligemus hanc partem de proprietate ad eas res, quæ usu consumuntur, non pertinere. Apparet enim superius illud dictum esse de iis, in quibus repugnat usuifructui proprietatem transferri ad fructuarium: quod iam didicimus in hoc genere rerum non contingere. Dicemus etiam, quod proprietas in his transfertur, pro proprietate translata habendum non esse, cum semper restituendum sit tantundem ex eodem genere: quod facit, ut videatur res ipsa, quæ accepta est, restitui. Sed ut in his proprietas est patris pro conditione rerum, ita eadem conditio ususfructus facit, ut si pereant, periculum sit patris, qui quandoque finito usufructu earum rerum, non rationem tantum, sed ipsas res eiusdem generis reddere debebit. Quod ergo eiusdem principis constitutiones volunt bonorum adventiciorum administrationem liberam esse patri & impunitam, eamdemque immunem a ratiociniis, *L. cum oportet*, §. *non autem L. ult.* §. *sin autem legata*, *C. de bon. quæ lib.* ne hoc quidem de his dictum est, quæ usu consumuntur. Quod satis intelligitur primum ex verbo administrationis, deinde quod eodem loco constitutiones in hac administratione excipiunt alienationem & hypothecam, quam nominatim patribus suo nomine denegant. Administratio eorum est, qui ad res alienas gerendas accedunt, non dominorum. Et ideo his denegatur alienatio suo nomine, quia res ad eos suo nomine non pertinent. At quæ res usu consumuntur, cum fiant patris, consequens est, ut & libera sit potestas patris de his statuendi, & libera alienatio.

XX. Quod reliquum est, merito dubites, an de his consuetam cautionem debeat præstare pater desideranti filio. Dubitatio ex ipsis verbis constitutionum. Nam hæ iubent excusatum esse patrem & a ratiociniis, & a cautionibus, & ab aliis omnibus, quæ ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur. *d. L. ult.* §. *sin autem legata*, *C. de bon. quæ lib.* Rursum eædem constitutiones nihil nisi usumfructum in his bonis patri tribuunt; ut quamvis velimus earum rerum, quæ usu consumuntur, proprietatem fieri patris: tamen velimus id fieri ususfructus iure, non alio iure. Porro in hoc genere rerum non est ususfructus nisi ex senatusconsulto, nec est ex senatusconsulto, nisi interveniente cautione. *d. L.* 2. *D. de usufr. ear. rer. d.* §. *constituitur*, in fin. *Inst. de usufr.* Quo fit, ut vel ipso verbo ususfructus, qui in his tribuitur patri, satis videatur ea cautio a patre exigi, sine qua non sit ususfructus. Utrum ergo magis probamus? Ego

5) Vid. Goed. ad *L.* 165. *de V. S.* Io. del Castillo *de Usuf. C.* 38. *&* 3. *seqq. & C.* 44. *&* 3. *seqq.* an & quando in eo legato veniant res venales, Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 56. *n.* 6. *&* 7. Quæ in eo ratio Falcidiæ ineundæ Cuiac. *in Nov.* 18. *p. m.* 98. *& seq.* Castillo *d. Tr. C.* 60.

Ego puto recte exigi a patre, ut patiatur saltem [6] describi, seu in inventarium redigi res, quæ ex iis bonis usu consumuntur. Constat enim id agendum esse, ut quandoque finito usufructu tantumdem reddatur filio, sive perierint res postea, sive deteriores factæ sint. Quod fieri non potest, nisi quæ res hæ initio fuerint, constet. Ut autem possit constare, descriptio earum præstabit. Id si factum erit, cautionem a patre non anxie desiderabimus, & multo minus satisdationem, id est, fideiussores. Sic enim parebimus ei parti constitutionum, quæ iubet immunem esse patrem a cautionibus, & nihilominus recte consuletur filio, cui satis cautum est iisdem constitutionibus, dum iubent finito usufructu, quod ex usufructus caussa apud patrem est, id filio restitui. Quod si res describi non patitur pater, puto ab eo recte cautionem desiderari ex verbis etiam constitutionis; quia non recipiatur in his usufructus, nisi cautio interveniat, qua caveatur proprietario.

6) Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. n.* 23. Sc. Gent. *de Bon. mat.* C. 9. Solvitur tamen necessitate solemnia inventarii observandi, vid. Castillo *de Usufr. C.* 3 *n.* 88. *& seqq.* Quæ remedia contra patrem bona dilapidantem vel de quo suspicio dissipationis? Vid. Pinel. *in d. L.* 1. *P.* 3. *n.* 75. *& seqq.* Modest. Pist. *P.* 1. Q. 33. Sc. Gentil. *de Bon. matern. C.* 12. Franc. Munnoz. de Escobar. *de Ratiocin. administr, C.* 6. *n.* 5. *& seqq.*

C A P. V.

Quibus modis a privatis constituatur iure, usufructus: Tum quibus verbis constitutus intelligatur.

Constituitur suis modis usufructus; pactionibus & testamento. I.
- *Testamento quomodo, triplex huius constituendi ratio, & qualis.* II. III.
  - *Item constituendi testamento usufructus modus alius duplex; & qui de accrescendo usufructu cur alibi.* IV. V.
  - *Ut testamento constituatur sola defuncti voluntas necessaria; traditio non item.* VI.

Constituitur usufructus & pactis. Quæ sint eiusmodi. Quæ constituendi ratio, & quotuplex. VII.
  - *Ad eius constitutionem quasi traditio necessaria: & quare. Huius exempla.* VIII.

An pure, & ex die; & ad diem certam & sub conditione constituatur usufructus, quo opportuniore loco differet auctor. IX.

Quibuscunque verbis, seu pactis, seu testamento constitutus valet usufructus. X.
  - *Si verba testatoris ambigua, quæ ratio voluntatis interpretandæ.* XI.

An fructibus, seu redditibus annuis fundi legatis, relictus usufructus intelligatur. XII.
  - *Conciliatur Labeo in* L. cum ita 41. D de us. & usufr. leg. *cum Scævola in* L. Fundi 38. D. eod. *& in* L. defuncta 58. §. 1. D. de Usufr. XIII. XIV. XV.

I. Atque hæc & personæ constituentis, & rerum in quibus constituitur ususfructus, in privatis conditio est. Restat constituendi modus. Quisquis enim usumfructum constituet, & quarumcunque rerum constituetur ususfructus, non constituitur, nisi iustis modis. Modi constituendi iidem, qui & cæterarum rerum transferendarum. Constituitur ergo ususfructus a privatis aut testamento, id est, suprema voluntate, sive testamento id fiat, sive codicillis, aut inter vivos pactionibus ad res transferendas comparatis. *L.* 3. in pr. *D. de usufr.* §. 1. In fin. *Inst. eod.*

II. Testamento constituitur, cum testator legando alicui vel rem, vel usumfructum rei, separat usumfructum a proprietate, ut unius velit esse usumfructum, alterius proprietatem. Hinc mentio huius separationis in *d.* §. 1. *Inst. de usufr.*

III. Contingit, ut ibidem indicatur, hæc separatio tribus modis: ac totidem constituitur testamento ususfructus. *L.* 6. in pr. *D. de usufr.* Uno modo, cum testator fundi usumfructum [1] legat alicui; quo casu legatarius usumfructum constitutum

1) Casus tamen quidam sunt, quibus sub nomine ususfructus plena proprietas relicta censetur, habita ratione voluntatis magis quam verborum, de quibus consule Menoch. 4. *Præsumpt.* 133. Io. del Castillo *de Usuf.* C. 30. Huiusmodi exemplum putatur in *L. Proculus* 19. *h. t.* quod tamen refellit Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. matern. P.* 3. *n.* 41. P. Busius ad *d. L.* 19. Sed contra Pinellum adstruit Castillo *d. C.* 30. *n.* 25. *& seqq.* novissime Timæ. Fab. *Lib.* 1. *Annotat.* C. 24.

tutum habet: heres nudam proprietatem. Altero e converso, cum testator alicui legat fundum detracto usufructu; quo casu legatarius nudam proprietatem habet: ususfructus relinquitur apud heredem. Tertio, cum testator legat duobus, uni usumfructum fundi, alteri eumdem fundum deducto usufructu, quo casu prior ille habet usumfructum, hic nudam proprietatem. Et quidem hic semper & statim proprietatem, non autem heres, quanvis proponas alii usumfructum legatum esse sub conditione: *L. fundus. D. si usufr. pet.* Sed proprietatem nudam: si tamen ei fundus legatus sit ita, ut proposui, id est, fundus deducto usufructu, ut testator hoc nominatim exprimat. Nam si ita leget, Titio fundi Tusculani usumfructum do lego, Sempronio eumdem fundum do lego: intelligetur etiam Sempronio usumfructum cum proprietate dedisse, quia in fundo legato dominii translatio inest: in dominio semper ususfructus tanquam pars intelligitur, nisi aperte separetur, ut dixi in definitione. *L. si alii, D. de usufr. leg.* Unde evenit, ut in hac specie Titius & Sempronius in usumfructum concurrant, sitque hactenus inter eos ius accrescendi. *L. 3. in fin. D. de usufr. accr.*

IV. Constituitur testamento ususfructus, alias recta, ut cum aperte alicui relinquitur: alias iure accrescendi prius inter aliquos constituto. Nam si duobus eiusdem fundi ususfructus datus sit, ab initio singuli ad legatum concurrentes nihil amplius, quam ususfructus partem habent. Sed est inter eos ius accrescendi legato constitutum. Eo iure fit, ut si in unius persona amissus sit ususfructus, alteri coniuncto accrescat. *L. 1. & deinceps. D. de usufr. acc.*

V. Hinc quæstio de huiusmodi usufructu accrescendo, inter quos sit hoc ius, quando, & cui ex hoc iure ususfructus accrescat. Quæstio haud dubie ex parte ad acquisitionem ususfructus pertinens. Quam ob caussam videri potest non male subiecta in Pandectis *Titulo, de usufructu,* in quo de acquirendo usufructu agitur. Sed quoniam non prius hoc iure ususfructus accrescit, quam sit finitus; & de finito quæritur, ad quem redire debeat, ad proprietariumne, an vero ad coniunctum: magis illius loci quæstio est, in quo quæritur quibus modis ususfructus amittatur, & quis exitus sit eius amissionis in usufructu amisso transferendo. Ad quam partem præcipue hæc quæstio pertinet. Nam & repetitus ususfructus cum fuerit amissus; acquiritur ei, in cuius persona repetitus est. Nihilominus tamen propter superiorem effectum amissionis hic locus de repetito in ea parte tractatus est. Quamobrem & quæstionem eamdem de usufructu accrescendo in eum locum reiecimus. Redeo igitur ad illam ususfructus a proprietate separationem, quam dixi induci testamento, qua eadem constituatur ususfructus.

VI. Quo loco hoc adiiciendum est, quocumque modo ex illis superioribus usus erit testator in separando constituendoque usufructu, illud tenendum esse, sola voluntate defuncti constitui usumfructum, nec desiderari [2] traditionem vel heredis vel legatarii. Finge legasse eum alicui usumfructum. Legatarius usumfructum statim vindicabit. *L. si Titio, 10. D. de usufr. leg.* Non vindicat, id est, actione in rem petit, nisi suum iam factum. *L. uti frui, D. si usufr. pet.* ut & in rebus corporalibus non datur vindicatio, aut in rem actio, nisi ei, qui dominium acquisivit. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. & act.* Finge e converso testatorem legasse fundum deducto usufructu. Recta via transit proprietas ad legatarium. *L. a Titio, 64.* in fin. *D. de furt.* Unde necesse est evenire, ut simul solus ususfructus maneat apud heredem.

VII. Constituitur ususfructus [3] pactionibus, si quæ sunt idoneæ ad rem transferendam. Ut venditione, permutatione, donatione, stipulatione. Donationis mentio est in *L. 1. §. pen. D. de superf.* stipulationis in *L. 3.* in pr. *D. de usufr. §. 1.* in fin. *Inst. eod.* Constituitur autem his modis, cum eadem separatio ususfructus intervenerit, quam modo in suprema voluntate usurpari solitam diximus. Nam & hæc species eamdem illam separationem admit-

2) Vid. Castillo *de Usufr. C. 9.* Dissent. A. Fab. 65. *Error. Pragm. 2. pag.* 290. volens usumfructum non posse recta via transire in legatarium, sed traditione ac facto heredis opus esse ad eum constituendum, cum non nisi per separationem constituatur, & nunquam testatoris fuerit, cui res sua non servit. Sed his facile est occurrere. Nam & usumfructum ante agnitionem acquiri ignoranti probat *L. 1. §. 1. de us. accr.* in verbo *repudiante*. Quæ actiones sint ex legato ususfructus, & quæ remedia eius obtinendi plenius, Castillo *d. Tr. C. 6.* vid. & *de Usufr. legato* Meno. *Lib. 4. Præsump.* 133. *&* 10. *seqq.*

3) Item locatione *L. 10. C. h. t.* ubi Hot. exponit quid inter locationem simplicem & ususfructus intersit, videlicet quod hæc non vinculum tantum iuris, sed dominium iuris transferat, quod requiratur cautio, quod modus utendi præscribi nequeat. Cæterum *d. L. 10.* in eo quod *morte conductricis* finiri dicitur ususfructus resistit *L. 18. in fin. C. de Iur. dot.* Unde Hot. *d. l.* verbo *locavit* sede dimoto, reponit verbum *successit*. Sed verior conciliatio Merceris in Conciliatore *p. 721. & seq.*

admittit. Poteſt unuſquiſque dominus vendere, aut donare alii uſumfructum rei ſuæ, ut uſusfructus ſit eius, cui venditus aut donatus eſt: proprietas nuda apud veterem dominum maneat. Licet hoc ſuperficiario in ædibus ſuperficiariis: *d. L.* 1. *§.* pen. *de ſuperf.* multo magis domino in re ſua. E converſo poteſt quivis rem ſuam alteri vendere aut donare, retento uſufructu, ut nuda proprietas tranſeat in eum, cui res vendita aut donata eſt: uſusfructus maneat apud venditorem aut donatorem. *L. quiſquis, C. de don.* Poteſt etiam dominus facere, ut hæc duo ad diverſos tranſeant, ut, ſi primo uſumfructum rei ſuæ vendat, deinde proprietatem quam retinuit, vel vendat alii, vel ex aliis cauſſis in alium transferat: qui ſunt tres modi, quibus ſupra, uſumfructum a proprietate ſeparari diximus.

VIII. Sed utrum teſtamento his modis conſtituatur uſusfructus, an pactionibus, hoc intereſt, quod ut in rebus corporalibus transferendis, quæ defuncti fuerunt, ſic in conſtituendo uſufructu, ut fiat eius, cuius teſtator eum eſſe voluit, ſola voluntas defuncti ſufficit, ut dixi. Pactio & conventio omnis ut de re corporali transferenda, ſic de uſufructu conſtituendo 4 traditionem deſiderat. Sic ius eſt de rebus corporalibus; traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri. *L. traditionibus. C. de pact.* Idem valet & in ſervitutibus, quatenus fert earum natura. Tradi vero non poſſunt, quæ ſunt incorporales. At placet intervenire debere, quod ſit pro traditione, uſum domini ſervitutem conſtituentis, & patientiam. *L. quoties, ult. D. de ſerv. L.* 1. in fin. *D. de ſerv. ruſt. præd.* Id & ad uſumfructum pertinet. Unde ſi cui non acquiritur ſtatim uſusfructus conſtitutus, ut fit in pactionibus nudis de uſufructu conſtituendo; ut in teſtamento olim, cum legabatur per damnationem; nunc ſi legetur uſusfructus rei alienæ aut heredis: in his exigitur, ut detur uſusfructus fructuario: & dari intelligitur, ſi dominus, a quo eſt uſusfructus, induxerit fructuarium in fundum, eumve patiatur uti frui *d. L.* 3. in pr. *de uſufr.* Sane ſi quis rem vendendo aut donado uſumfructum rei retineat; ſtatim uſumfructum habere incipit ſeparatum a proprietate. Sed & hoc non ſine traditione. Retentio enim uſusfructus facit, ut credatur prior dominus continuo rem tradidiſſe, quaſi qui conſtituerit hoc modo ſe nomine emptoris aut donatarii poſſidere. *d. L. quiſquis, C. de don. L. quod meo, D. de acq. poſſ.* Poſt quam traditionem ſequitur, ut uſusfructus, qui manet, nudus ſit uſusfructus: quodammodo traditus a proprietario, dum patitur eum manere apud eum, apud quem erat prius transferendi cauſſa. Quod cum ſit, etiam in rebus corporalibus traditio non eſt neceſſaria. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acq. rer. dom.*

IX. Utriuſque modi commune hoc eſt, ut conſtitui poſſit uſusfructus & præſens, ideſt pure, & ex die, ideſt, non tantum in diem certum, ſed & ſub conditione, qui dies eſt incertus. *L.* 4. *D. de uſufr.* Poteſt & ad diem, aut conditionem. *L. cui uſusfructus, D. de uſufr. leg.* Aliter atque in ſervitutibus prædiorum. *L.* 4. *D. de ſervit.* Quorum de duobus prioribus dicemus poſtea in acquiſitione ſervitutum prædiorum, quæ pactionibus contingit: partim ut ſit locus expoſitus in commune; partim quia maxime ibi quærendi locus eſt, propter obſcurum reſponſum Papiniani de ſervitutibus prædiorum ad hanc partem pertinens: de duobus autem poſterioribus, quia ad finiendum uſumfructum pertinent, dicetur poſtea in uſusfructus amiſſione. Factum id eſt *huius Lib. Cap.* 16. Sed & ab initio pro parte indiviſa, vel diviſa uſusfructus conſtitui poteſt, ut utrobique diviſus ſit & certæ partis, non totius fundi uſusfructus. *L.* 5. *D. de uſufr. L.* 1. *§. ſi uſusfructus, D. ad leg. Falcid.* quod & ipſum in cæteris ſervitutibus diſſimile eſt, quæ ſunt indiviſæ. *d. L.* 1. *§. ſi uſusfructus, ad leg. Falcid.*

X. Illud tenendum eſt, ad rationem conſtituendi uſusfructus nihil pertinere, quibus verbis conſtituatur, dum hoc conſtet, de conſtituendo uſufructu actum eſſe. Valetque hoc in omnibus cum ſupremis voluntatibus, tum conventionibus, ut quibuſcumque verbis quid legatum aut conventum conſtet, tam ratum ſit, quam ſi ſolemnibus & legis verbis maxime quis uſus eſſet. *L. in legatis, C. de legat. L. omnes, C. de contr. & com. ſtip.*

XI. Solum hoc videndum, an verbis conſtitutus ſit uſusfructus. De quo ſæpe ambigitur, ſive quod teſtator alio verbo utitur in legando, quam uſusfructus; & dubitatur, num eo ſignificetur uſusfructus; ſive quod mentionem fructuum faciendo dubium facit, utrum de conſtituendo uſufru-

4) De quo & quod pactis nudis conſtitui nequeat, vid. Caſtillo *de Uſufr.* C. 10. *n.* 10. *& ſeqq.*

usufructu senserit, an non senserit. Cuius dubitationis explicandæ caussa si de verbis idem significantibus quæritur, sciemus hæc ususfructus significationem habere; fructum, habitationem, operas servorum, ius fruendi. *Ususfructus, an fructus legetur*, inquit Ulpianus, *nihil interest: nam fructui & usus inest*. L. per servum, §. 1. *D. de usu & hab.* unde fructus pro usufructu passim. *L.* 4. *de op. serv. L. cum filius*, 76. §. *dominus*, iuncta *L. Mævius*, 66. §. *pen. D. de leg.* 2. Inde & fructuarii nomen usitatum pro usufructuario. *L. quod fructuarius*, *D. de acq. rer. dom.* Habitatio interprete & constituente Iustiniano nihil aliud quam usufructus ædium. *L. cum antiquitas*, *C. de usufr.* Operæ servorum, ususfructus servorum. *d. L.* 4. *de op. serv.* Ius fruendi explicatio est verbi ususfructus. Itaque hac circumlocutione velut definitione usumfructum intelligimus. *L. uti frui*, *D. si us. pet. Inst. de reb. corp.* illic, *nam & fructus*. Non eamdem significationem esse constat fructuum, si quis fructus plurali numero nominet. Fructus enim, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, ipsum autem ius utendi fruendi, incorporale, ut est in *d. Tit. de reb. corp. & incorp.*

XII. Inde dubitatum de hac specie, si quis fructus annuos, aut annuos reditus fundi leget, videaturne usumfructum fundi constituisse legatario, quia mentionem fructuum annuorum facit, qui esse solent in usufructu; an vero non constituisse, quia verbo fructuum ipse ususfructus seu ius utendi fruendi non significetur.

XIII. Dubitatio eo maior, quod videantur in hac specie dissidere veterum sententiæ relatæ in Pandectas. Quæ nobis eo iustior caussa est hanc partem hoc loco attingendi, ut explicetur. Et in *L. antep. D. de us. leg.* itemque in *L. si quis ita*, 20. *D. de usufr.* ita scriptum est de sententia Labeonis: si quis ita legaverit, *fructus annuos fundi Corneliani Mævio do lego*, perinde accipiendum esse, ac si ususfructus fundi esset legatus. Atqui fructus annui sunt corpora. Proinde nihil minus, quam ius utendi fruendi, ut dixi. Fatetur Labeo; fatentur Iavolenus & Ulpianus, qui Labeonis sententiam referunt, & probant in supra scriptis locis. Et ideo non dicunt hoc sermone legatum esse usumfructum: sed sermonem perinde accipiendum, quasi ususfructus esset legatus. Et rationem reddit Labeo aliunde, quam ex significatione fructuum ductam: quia, inquit, hæc mens fuisse testatoris videatur. *d. L. antep.* Unde ergo mens hæc intellecta præter rei legatæ significationem? Ex verbis relicti his, quibus testator se hos fructus *dare legare* dixit. Hoc verbo *dandi legandive* significat testator se potestatem facere legatario fructus annuos vindicandi, & sibi sumendi. Sunt enim hæc verba legati veteris, quod dicebatur per vindicationem, quo genere iubebatur legatarius rem sibi habere, sibique sumere, eoque ut suum vindicare, ut docet Ulpianus in *fragmentis tit. de legat.* Theophilus ad §. 1. *Inst. eod. tit.* Qui iure in alieno quid potest facere, & sumere invito domino, huic servitus constituta est in alieno, ut ostendimus in definitione servitutis. *L. quoties nec hominum*, ni fin. *D. de serv.* Ususfructus igitur in proposito constitutus, quia alia servitus esse non potest.

XIV. Sed duobus in locis dissentire videtur Scævola. Primum in *L. fundi*, *D. de usufr. leg.* ubi exemplo simillimo testator ita scripsit: *fundi Æbutiani reditus uxori meæ, quoad vivet, dari volo*. Omnia, ut videtur, similia. Reditus enim fundi [5] sunt fructus, *L.* 7. in pr. *D. de usufr.* Et his verbis, *dari volo*, non minus eos legavit, quam si dixisset, *do lego*. Negat tamen Scævola in hac specie usumfructum uxori constitutum: scribit enim heredem teneri, ut fructus & reditus annuos præstet: cæterum posse fundum impune vendere, ut hæc præstatio emptorem non sequatur. Dici potest, olim ut hæc a veteribus scripta sunt, nihil contrarii habere, quia hæc verba *dari volo*, sunt verba fideicommissi. §. *ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* Ulpianus in *fragmentis tit. de fideicommissis*. Illa autem, *do lego*, constat esse verba legati & quidem optimi & certissimi, nempe per vendicationem. Sed nihil agitur hac distinctione: non enim eo minus valuerunt iam olim fideicommissa temporibus Scævolæ. Hodie autem post constitutionem Iustiniani maxime hæc differentia sublata est, qui exæquavit legata fideicommissis, & contra. *L.* 2. *C. com. de leg.* Ego puto & olim utrumque recte dictum esse manente fideicommissorum & legatorum differentia, & etiam nunc recte dici hac sublata: Utrumque & verbis & voluntate testatoris recte defendi. Ad voluntatem enim

5) *L.* 25. *de Us. leg.* Quod tamen dubium videtur Io. del Castillo *de Us.* C. 29. *n.* 26. quia redditus fere sint, qui ex locatione, fructus qui ex corpore rei percipiuntur.

nim constituendi usufructus multum interest, utrum testator ita dicat, fructus seu reditus illius fundi *do lego*: an vero ita, fructus seu reditus illius fundi *dari volo*. Prius qui dicit, potestatem, ut paulo ante dixi, facit legatario fructus sumendi. Hæc potestas servitutem, & in proposito usumfructum habet. Posterius qui dicit, nihil dicit omnino, unde possit intelligi usumfructum constitutum, sed omnia potius contra. Nam primum verbo fructuum, seu redituum, corpora fructuum significantur, non ius fruendi. His autem verbis relicti, *dari volo*, aperte testator facit potestatem [6] heredi eos fructus sumendi & dandi. Hac potestate heredi tributa, non modo non constituitur legatario usufructus, sed etiam aperte denegatur. Quod enim dominus facit in re sua, iure suo facit, libertatis, inquam, iure, non servitutis: quoniam res sua nemini servit. *L. in re, D. de serv. urb. præd.* Nihil ad rem pertinet, quod Iustinianus differentiam inter legata & fideicommissa sustulit, fecitque ut nihil interesset ad vim legati, utrum testator diceret, *do lego*, an vero *dari volo*, d. L. 2. *C. com. de legat.* Constitutio enim ad ea pertinet, quæ constat testatorem dari voluisse, quæ Iustinianus quibuscunque verbis relicta sint, pariter confirmat. Quod si quid testator datum noluit, non facit constitutio, ut sit legatum præter voluntatem. Hanc enim Iustinianus tueri voluit, non adversus eam facere, ut ipse in hac ipsa parte nominatim testatur in §. 1. *Inst. de legat.* Nunc autem in specie proposita negamus eum constituere voluisse usumfructum, qui de reditibus fundi aut fructibus ita cavit, ut eos ab herede dari vellet.

XV. Alter est locus Scævolæ, quo etiam tum, cum in fructibus annuis relinquendis testator usus est his verbis, *do lego*; tamen negatur usufructus constitutus: ut locus non magis obstet dictæ *d. L. antep. de usufr.* quam videtur superius responsum nostrum in iisdem verbis repudiare. Is est locus in *L. defuncta. 58. §. 1. D. de usufr.* Testator ita scripsit: *Sempronio do lego ex redactu*, seu ex reditu fructuum, *quos habeo in illo agro meo, partem sextam*. Respondet Scævola non usumfructum, sed ex eo, quod redactum esset, partem sextam legatam, nempe quam præstet heres, non quam legatarius iure usufructus percipiat, quia prius negaverat usumfructum legatum. Bene vero Scævola, nec quidquam hic prioribus contrarium. Aliud est enim legare fructus annuos; aliud ex redactu fructuum [7] partem aliquam. Quod & Scævola satis indicat, cum ait non usumfructum legatum, sed ex *redactu fructuum partem sextam*. Qui legat fructus ipsos facit legatario ipsorum fructuum sumendorum & percipiendorum potestatem, ut ante dixi: atque in eo est servitus. Qui autem legat ex redactu aut reditu fructuum partem aliquam, is prius vult fructus esse redactos, quam ex his ullam partem præstitam, legatamve. A quo autem vult fructus istos percipi, & redigi? Ab herede videlicet, sic deinde partem legatam ab eo præstari. Apparet enim potestatem hanc fructuum redigendorum non esse collatam in legatarium. Quod autem in alium non confertur ex iure hereditario, id totum est heredis. *L. legatum. 116. D. de legat.* 1. Quod si in proposito tribuitur heredi, ut sumat ipse & percipiat fructus, perspicuum est relictum esse illi, ut faciat in suo, non ut alterum facientem cogatur pati. Ex quo intelligitur nec servitutem, eoque nec usumfructum esse legatum, ut Scævola respondit *d. L. quoties nec*, in fin. *de servit.*

CAP.

6) Ita & Pac. 6. Q. 31. Bron. 1. *Ass.* 87. Et conveniunt fere Menoch. 4. *Præs.* 136. Pinel. in *L.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 2. *n.* 12. Castillo *d.* C. 29. *n.* 16. *& seq.* interesse scribente an verba ad legatarium directa vel simpliciter prolata, ubi usufructus relictus; an precaria & ad heredem relata, ut ab illius manu accipiat ubi annuum legatum *d. L.* 38. *& L. patrimonii* 22. *de us. leg.* Effectus autem magnus, nam posteriore hoc casu tantum oritur obligatio personalis, Pinel. *d. n.* 12.

7) Vulgo rationem *d. L.* 58. §. 1. in eo ponunt, quod ibi non omnes fructus legati sed certa eorum pars. Quod licet impugnet Pinel. *d. loc. n.* 13. *ex L.* 76. *de R. V.* ab ea tamen non recedit *n.* 14. quia, inquit, relicta parte fructuum ea ratio, ne communio possessionis discordias pariat. Firmior est ratio, quam post Connan. 4. *Comm.* 3. adfert Castillo *d.* C. 29. *n.* 25. quia in *d.* §. 1. certa fructuum species designata. Nec pars fructuum omnium, sed oleris & porrinæ relicta. Nec igitur servitus usufructus constituta, cum is proventus omnes & quicquid ea re nascitur contineat.

C A P. V I.

De usufructu a iudice constituto. Quis recte constituat iudex: Quarum rerum; & Quomodo. Tum de usufructus usucapione.

Constitutio usufructus a Iudice facta quæ. De ea triplex quæstio. I.
Constituit usumfructum Iudex in iudiciis divisoriis dumtaxat: & quare. II.
Nec tamen omnium rerum, nec semper: quæ propositæ distinctionis, & exceptionis ratio. III.
Tota hæc constituendi ratio aut in adiudicatione consistit. Qui talis adiudicationis effectus. IV.
Adiudicatus uni usufructus, alteri, cui adiudicata proprietas, non communicatur. Secus in simili legato; & quare. V.
Quæ commodior in iudicio divisorio ratio adiudicandi uni usumfructum, alteri proprietatem. VI.
Usufructus acquiritur etiam usucapione; & quomodo. VII.

I. ET constituitur hoc modo usufructus a privatis. Etiam a iudice constitui posse proposuimus. Idque ita fieri traditur in *L. 6. D. de usufr.* his verbis: *constituitur* adhuc *usufructus & in iudicio familiæ erciscundæ, & communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usumfructum.* Quibus verbis breviter comprehensa sunt eadem illa tria, quæ in omni constitutione usufructus quærenda esse diximus. Quis hic recte constituat usumfructum: Quarum rerum; & quomodo.

II. Usumfructum hic constituit iudex: non omnis, sed is solum, qui iudex est in iudiciis illis divisoriis duobus, familiæ erciscundæ, & communi dividundo: quoniam illa adiudicatio proprietatis, & separati usufructus ad divisionem rerum comparata est. Huic autem divisioni in his solum iudiciis locus.

III. Sed & natura horum iudiciorum nos admonet non in omnibus rebus institui posse hanc divisionem a iudice. Non certe potest in iis, quæ pondere, numero, mensurave constant, quæ eædem usu consumuntur. Nam si commoditas divisionis & æqualitas partium in dividendo quæritur, ut quæritur in iudiciis divisoriis; constat nihil esse facilius neque commodius, quam eas res pro numero & reliqua quantitate dividere ex æquo inter socios. Quomodo & eorum obligatio iure dividitur inter plures dominos, aut heredes propter commoditatem. *L. cum Stichus*, in fin. *D. de solut.* Sed etsi de pluribus rebus dividendis agatur, placet in his iudiciis iudicem singulas singulis adiudicare debere, quia & hoc ad commoditatem divisionis pertinet. *§. si familiæ, §. eadem, Inst. de off. iud.* Sic ergo superiori divisioni, & constitutioni usufructus locus esse potest, quod quidem non consentientibus partibus fiat; cum de una re dividenda agetur, & ea commode dividi non potest, ut latifundio aliquo, aut ædibus. Dixi locum esse posse, quoniam aliud sequi potest iudex, & potius iuxta præscriptum *§. eadem, Inst. de off. ind.* rem totam, de qua agitur, uni adiudicare, & eum invicem alteri certa pecunia condemnare. Sed poterit, & hoc, quod nunc dicimus, ut uni proprietatem constituat, alteri usumfructum. *L. si quis putans, §. pen. D. com. divid.* In quo quid sit commodius sociis ad divisionem, iudex pro officio & æquitate iudicii æstimabit.

IV. Constituendi ratio in harum rerum adiudicatione ea, quam diximus. Adiucatio hæc statim constituit usumfructum, facitque proprium eius, cui adiudicatus est. *§. ult. Instit. de offic. iud.*

V. Illud notandum in hac adiudicatione, quod de ea traditur in *L. & puto; 12. §. 1. D. fam. erc.* cum iudex alii fundum, alii usumfructum fundi adiudicavit, non intelligi communicari usumfructum. Aliter atque cum testator alii fundum, alii fundi usumfructum legat, ut paulo ante diximus. *L. si alii, D. de usufr. leg.* Quod ideo recte placet in testatore, quia ex verborum significatione respondetur, a qua recedendum non est, nisi cum manifestum est aliud sensisse testatorem. *L. non aliter, D. de leg. 3.* At nihilominus recte contra in iudicis divisione; quia hæc ipsa divisio his iudiciis proposita declarat hanc mentem esse iudicis, ut ab omni communione discedatur. *L. 1. D. fam. erc.* Hoc vero aliter non fit, quam si non communicetur usufructus.

VI. Et nihil amplius de hac constitutione scriptum legimus in Pandectis, quam iudi-

iudicem in superioribus iudiciis ita posse usumfructum constituere, ut uni proprietatem adiudicet, alteri usumfructum. *d. L. 6. de usufr. d. L. si quis putans*, §. pen. *D. comm. divid. d. L. & puto*. §. 1. *fam. erc.* Quomodo autem, aut quam recte hæc constitutio transfigatur, nusquam adiicitur. De quo nonnihil amplius cognoscendum est. Nam ut est conditio horum iudiciorum, eiusmodi divisio admitti posse non videtur. In his enim iudiciis sic res dividi oportet, ut unius portio non prægravet, aut si prægravet, res condemnatione mutua ad æqualitatem deducatur, quo singuli socii consequantur partem suam sine ullo incommodo. *d.* §. *si familiæ*. §. *si eadem*, *Inst. de off. iud.* At inter proprietatem quæ adiudicatur uni, & usumfructum, qui adiudicatur alteri, nulla est æqualitas. Proprietas enim perpetua est, & finito usufructu hunc ipsum ad se recipit, & habet perpetuum: usufructus autem temporalis, & interdum sæpe exigui temporis: durat enim tantum ad summum, quandiu fructuarius vivit, ut dicetur suo loco. Potest autem ille cras mori, potest post mensem, potest post annum unum aut alterum: quidquid id est, vix est, ut excedat centum annos. Intelligendum est igitur & in hac specie adhibendas esse condemnationes, quarum mentio est in *d.* §. *si familiæ*, & §. *eadem*: quibus res ad æqualitatem redigatur. Id autem sic videtur recte fieri posse. Iudex eum, cui usumfructum adiudicabit, condemnabit socio, ut ei singulis annis fructuum partem præstet, aut eius partis, si ille volet, æstimationem. Contra ei, cui adiudicabit proprietatem, æstimahit fundum totum una cum usufructu, & in partem eius æstimationis condemnabit eum fructuario, non ut illi eam partem statim præstet: sed singulis annis tantum, quantum ipse perceperit ex fructibus, qui a fructuario præstabuntur; aut si videtur, invicem summas compensabunt. Finito autem usufructu damnabitur, quod reliquum erit summæ principalis adhuc debitæ, solvere vel fructuario, vel heredi eius. Hac ratione fit, ut ambo consequantur partem usufructus, & ambo partem integram proprietatis. Sed hic occurritur. Quid enim opus est hac circuitione, cum possit iudex semel & statim rem transigere, uni fundum in solidum adiudicando, & eum vicissim in partem æstimationis fundi alteri condemnando? Et vero ita fieri debere cavetur in *d.* §. *eadem*, *Inst. de off. iud.* Sed sciendum est utilem divisionem esse hanc, quam diximus, inter eos socios, qui sunt profusiores, aut parum providi rerum administratores; nec est, unde vivant, nisi ex reditibus. Usus hic erit, ut ne pecuniam aut rem acceptam statim consumant, sed habeant in singulos annos, unde vitam tolerent.

VII. Hactenus ususfructus constitutus, quem partim lege & iure ipso constitui diximus, partim alieno facto atque opera. Etiam usu, ut est propositum, & possessione nostra, non aliunde, nobis acquiritur. Ut res corporales; sic ususfructus, & reliquæ servitutes usucapi possunt. *L. ult.* in fin. *C. de præscr. long. temp.* In quo quæ corporales res usucapiendi ratio est: eadem est & usumfructum usucapiendi. Si quis igitur, qui rei dominus non erat, eius rei usumfructum nobis legaverit, vendiderit, donaverit; nos eam rem ex aliqua harum caussarum aut simili fruendi caussa traditam bona fide acceperimus, dum putamus eum, a quo ususfructus constitutus est, dominum esse, aut ius constituendi habere: usu fit noster ususfructus, si rem continenter possedimus, tenuimus, mobilem quidem triennio; immobilem autem decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. *d. L. ult.* in fin. *C. de præscr. long. temp.* Nam & sic res corporales a non domino traditæ nobis usucapiuntur. *Instit. de usuc.* in princip.

CAP.

C A P. VII.

Constituti usufructus conditionem ita esse, ut commodis constet, & suis oneribus. Commoda fructuario summa tria hæc esse: Naturalem possessionem rei fructuariæ; Adminicula usufructus; Ipsum ius utendi fruendi. Quæ hic possessio propria fructuarii. Quænam ista adminicula usufructus. In iure utendi fruendi, quæ res huic iuri subiiciantur: Tum quis sit is usus & fructus, qui fructuario concedatur.

Ius fructuarii sua habet commoda, & onera. Utraque quid sint, obiter. I.
Fructuarii commoda tria, & quæ. Unum ex illis primarium, *& quale;* secundaria *alia duo, & quid ita.* II.
Si eadem iura plene omnia fructuarii, usu alteri dato, fructuario ex parte detrahantur: quomodo partes utriusque temperandæ. III.
Ius fructuarii minus præcipuum, naturalis possessio, & detentio in omni re fructuaria, quandiu durat usufructus. IV.
Sed & ex iure *fructuarii* secundario *sunt usufructus adminicula: & quare. Quid illa; & unde appellata.* V.
Tria ista, & quæ necessario præstanda fructuario, & vel invito testatore, & quatenus singula. VI.
Ius, & commodum fructuarii proprium & summum quid. Quæ ex huius definitione rerum partitio, deinde ordinis ratio atque usus. VII.
Singularum rerum legato usufructu, quæcunque legatæ rei partes, quæ sub eius appellatione continentur, sive initio adfuerint, seu postea accesserint, veniunt in usumfructum. VIII.
Sed & res, quæ vel fructuariæ rei causa paratæ, vel destinatione patris familias in usum rei traductæ, aut natura veluti fundo addictæ, etsi rei partes non sunt; hæ tamen usufructu continentur: triplicis illarum generis exempla. IX.
Fructuarii usus in eo positus, ut secundum modum & conditionem cuiusque rei utatur. Exempla. X.

I. Constituto, quæsitoque usufructu, sequitur, videamus de iure fructuarii, quodnam id sit, & quomodo conservetur. Quod secundum esse dixi in hoc genere servitutum, ut & in omni alio iure, de quo cognosceremus. Constat hoc ius fructuario, ut alia pleraque quæ in alieno habentur, commodis & oneribus. Commoda voco, ea quæ fructuarius habet in re fructuaria. Onera, ea, quæ in re fructuaria, aut propter rem fructuariam præstare cogitur.

II. Commoda ac veluti iura fructuarii in re fructuaria hæc sunt: possessio naturalis rei; adminicula usufructus; utendi fruendique ius, id est, usus, & fructuum perceptio. Ex quibus ius utendi fruendi summum, & principale fructuarii ius est: utpote in quo solo usufructus consistat, unde & nomen habet. Superiora illa magis per consequentiam accedunt: dum ideo tribuuntur, quia sine his fructuarius uti frui, ut vult, non potest. Prius est enim, ut quis rem teneat, quam ut ea uti possit. Proximum, ut si quid ei usui obstet, id contrariis rebus fructuario amoveatur. Illic possessio est rei: hic adminicula usufructus.

III. Omnia tamen pariter usufructus, & fructuarii; & quidem plene omnia. Quod tamen sic accipiendum erit, nisi quid detraxerit voluntas testatoris. Quod fit, cum alii usus, alii fructus eiusdem rei legatur. Quo casu apparet, quantum usuario datum est, tantum ademptum fructuario. Ideo recte placuit in hac specie id percepturum fructuarium, quod usuario superevit. Ut tamen & ipse fruendi caussa etiam [1] usum habeat. *L. si alii.* 42. in pr. *de usufr.* Quomodo autem ambo hic

[1]) Nemo enim frui potest qui non utatur. Nam ut iter in actu *L. 4. si ser. vindic.* ita usus in fructu, Vult. *in pr. I. h. t. n.* 13. Nec obst. *L. 5. §. 2. Usuf. quem. cav.* Nec enim ibi dicitur fructum, sine usu esse posse, sed obtigisse, id est fructum simpliciter, non usumfructum legatum esse. Charond. 1. *Verisim.* 21. vid. & hac de re Cuiac. 14. *Obs.* 23. Gilb. *Reg.* 1 *Enant.* 11. P. Fab. *ad L. 12. de R. I. initio* Pac. 3. Q. 49. Bron. 1. *Ass.* 88. Castillo *de Usufr. C.* 28. *n.* 14. & *seq.* novissime Marc. Lyclama *Lib. 5. Membr. ecloga* 23. Ostendens *d. L. 5. §. 2.* non probare fructum sine usu esse posse, sed contrarium. Nam ideo tum locus est stipulationi dolum abesse &c. quia dolus non absit, quando fructum sine usu heres legatario conatur obtrudere, cum sine eo esse nequeat, *L. 14. §. 1. de usu. & hab.*

hic in usum concurrant, ut unus habeat usum, alios fructum sine usu, declaratur in *L. per servum*, §. *ult. D. de usu & hab.* Sed & ususfructus in fundo, certæ [2] rei usu, quæ inde sumatur, definiri potest, ut hanc non excedat. Veluti, si quis mihi constituerit in suo ius cretæ eximendæ, si quatenus ad fundum meum tantum opus sit, prædii servitus est: Si ut vasa fiant in meis figulinis, &, ut vasa veneant, figulinæ exerceantur, est ususfructus. *L. ergo. L. veluti, seq. D. de serv. rust. præd.* Et tamen non longius progredietur hic ususfructus, quam ut creta eximatur, quia hac re atque hoc usu a testatore definitus. Quod si nihil eiusmodi de pleno usufructu detractum erit, vere dixerimus, superiora omnia esse fructuarii in ea re, in qua ususfructus datus est.

IV. In primis autem fructuarii est possessio [3] naturalis in omni re fructuaria; non solum ut initio res illi tradi debeat, quo constituatur ususfructus: sed etiam ut re tradita debeat possessio seu detentio rei apud eum manere, quamdiu ususfructus perseverabit. Id facit usus & fructus, quos ex re aliqua percipere quoties libet non possumus, nisi res sit in manu & potestate nostra, ut cum volumus uti frui, quominus id faciamus, nihil sit impedimento. Hoc autem esse in iure fructuarii, ut res ei tradatur, eamque naturaliter teneat fruendi caussa, hæc declarant. Primum cautio, quam initio præstat, qua inter cætera promittit se, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit. *L.* 1. in princ. *D. usufr. quem cau.* Non restituit, nisi quia prius habuit constante usufructu. Sed & illud certius, quod traditur, fructuarium naturaliter videri possidere. *L. naturaliter, in princ. D. de acq. poss.* Dictum est videri, quia simpliciter vere non possidet. §. *idem placet, Institut. per quas pers. nob. acq.* Videtur tamen, quia tenet naturaliter, ut solent ii, qui vere possident. Certe tenere eum naturaliter scribit Papinianus in *L. possessio.* 49. in princ. *D. de acq. poss.* Naturaliter autem valet corporaliter, quia naturaliter, id est, secundum naturam, res tenetur, possideturve, cum tenetur corpore, cum corpore ei insistitur. *L.* 1. in princ. *D. eod.* Sed detentio naturalis solum fructuarii est. Vere, ut dixi, non possidet. Solus enim possidet, qui affectu domini rem tenet: fructuarius autem scit se dominum non esse. *d.* §. *idem placet*. Hoc eo pertinet, ut sciamus eum quantocunque tempore rem tenuerit, non usucapere, *d.* §. *idem placet*. Indeque dictum est illud in *L. neque C. de usufr.* neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum, quarum usumfructum habet; neque successores eius ex eadem caussa tenentes ulla temporis præscriptione muniri.

V. Adminicula ususfructus vocamus ea, sine [4] quibus fructuarius ad rem pervenire, ut eam teneat, aut cum pervenerit, & tenebit, ea recte uti frui non potest. Hæc etiam usumfructum sequuntur: alioqui nullus sit ususfructus. *L.* 1. §. 1. *D. si usufr. pet.* Sic & rebus cæteris concessis, generaliter concessio ita habetur, ut omnia simul concessa intelligantur sine quibus res exerceri non potest; quod de iurisdictione concessa traditur in *L.* 2. *D. de iurisd.* de reliquis servitutibus, quæ prædiorum sunt, in *L.* 3. §. *ult. D. de serv. rust. præd.*

VI. Huius generis adminicula in usufructu; aditus ad rem fructuariam; servitutes necessariæ; in servos fructuarios modica coercitio. Usufructu ædium aut fundi legato, debetur aditus *d. L.* 1. §. 1. *si usufr. pet.* Nec interest, fundus vicinus, per quem aditus est, hereditarius sit, an alienus. Nam etsi alienus sit, nihilominus cum herede agi potest ex testamento, ut præstet. Ibidem. *L. & servum.* 44. §. *ul. D. de leg.* 1. *L. damnas.* §. 1. *D. de usuf. leg.* Et debetur aditus non quivis, sed qualem ususfructus perceptio desiderat. Itaque si itione tantum opus est in fundum, debebitur tantum iter: si curru ad onera invehenda, aut evehenda, præstabitur etiam & via, *d. L.* 1. §. 1. *si usufr. pet.* Hæc ita accedunt; ut quamvis

quis

2) Quod *dd. LL.* cum vix probare videantur, vix est ut probem per *L.* 7. *pr. L.* 9. *pr. & C. h. t.* ut in initio *Cap. seq.* Nam in *d. L.* 5. certe agitur de servitute reali. Et hæc sententia est: Ius cretæ eximendæ, calcis coquendæ, reale constitui nequit nisi illi, cui fundus vicinus, & si maxime possit, casibus quibus vicinum fundum habet cui hoc ius constituitur, non ultra posse, quam quatenus non domino prædii ad quemcunque usum, sed quatenus prædio illi dominanti conducit. Hoc declaratur in *L.* 6 *pr.* veluti si figulinas haberet fundus serviens, in quibus ea vasa fierent quibus fructus eius fundi exportarentur. Hoc casu erit servitus realis, ius figulinæ exercendæ, quatenus ad fundum dominantem opus. Sed si, ut vasa venirent, figulinæ exercerentur, ususfructus erit (& servitus personalis, non totius fundi, sed speciatim earum figulinarum, quia non respicitur utilitas prædii eius cui hoc ius constitutum. Atque ita hic non est certæ rei usus fructuario, sed figulinis plene utitur fruitur, non ad necessitatem tantum suam, sed & quæstum cum vasa vendere possit.

3) Vid. *Lib.* 5. *C.* 6. *N.* 12. Add. Vult *in pr. I. de interd.* n. 19 lo del Castillo *de Usufr.* C. 6. n. 28. *& seqq.* qui vult fructuarium naturaliter possidere, nomine proprio, sibi & non domino.

4) Per quæ tamen substantia rei non immutatur, sed conservatur, vid. Castillo C. 33. n. 14. *& seqq.*

quis usumfructum loci ita reliquerit, ne ea heres cogatur præstare, nihilominus debeantur. Inutiliter enim hoc vetat, qui legat usumfructum, cum sine his non sit ususfructus, *d. L.* 1. §. 1. *D. si usufr. pet.* Eadem res facit, ut si postea aditum adimat, nihil adimat. Quia quod ab initio detrahitur inutiliter, id multo minus postea utiliter potest adimi, *ibidem*, & *L.* 1. *D. de adim. legat.* Nec minus debebuntur servitutes reliquæ, si quæ sint ad fruendum necessariæ, ut aquarum, & luminum, *d. L.* 1. §. 1. Proinde ædium usufructu legato, si ædes non habeant lumen, aut non tantum, quantum habitantibus sufficit; cogetur heres tantum præstare, deposita ea parte, quæ altius sublata obstruebat luminibus; hactenus tamen, ut non cogatur tantum præstare, quantum fructuarius volet ad commoditatem, aut amœnitatem; sed quantum sufficiat ad usus diurni moderationem. *L. si is qui binas.* 30. *D. de usuf. L. Gaurus*, in fin. *D. de serv. urb. præd.* Et si vicinæ ædes alienæ sunt, etiam heres servitutem luminum redimere debebit. *d. L.* 1. §. 1. *si ususf. pet. L. servum.* 44. §. *ult. de leg.* 1. Eamdem caussam habet servi castigatio fructuario concessa. Nam servi fructuarii fructus est in operis servi. Ideireo ut hunc fructum percipiat fructuarius, debet servus operari. Quid ergo si nolit? nempe cogendus est. Quomodo vero cogetur? Non potest aliter, quam adhibita castigatione: hinc castigatio ad eam rem fructuario concessa, modica tamen, quæ rei conveniat scilicet, ut neque torqueat, neque flagellis cædat. *L. sed siciuti.* 23. §. 1. *D. de usuf.*

VII. Quod in his commodis proprium & summum est ususfructus, & cuius caussa sunt reliqua, est ius utendi fruendi. Uti frui est usum & fructum rei fructuariæ percipere. Utilis definitio, non quæ rem statim explicet: sed quæ nos statim admoneat, quibus rebus tanquam partibus constet huius commodi acquisitio, de quibus deinde ordine quærendum sit: ut cum de singulis constiterit, tum ius ipsum & commodum recto ordine & suis partibus dilucide expositum teneamus. Indicat autem constare hanc acquisitionem tribus his rebus: re fructuaria, in qua quærendus sit hic usus & fructus: re quæ quæritur, idest, hoc ipso usu & fructu: tum huius ipsius usus ac fructus acquirendi ratione. Rebus ad hanc acquisitionem ita necessariis, ut si quid earum desit, non sit huic commodo locus. Quare sciamus ad huius partis cognitionem totidem hæc distincte quærenda & cognoscenda esse. Quarum rerum ususfructus constitutus intelligatur: Quid sit hic usus & fructus, seu quid sit in usu, quid in fructu: tum Quid sit hoc percipere modus scilicet, quo hic usus & fructus acquiratur.

VIII. In rebus, si omnium bonorum ususfructus legatus est, quæstio 5 tollitur. Nulla enim res excipitur, in qua non sit ususfructus. At cum legatur ususfructus singularum rerum, ut ædium, fundi, feudi alicuius; quæri solet, primum quid contineatur appellatione earum rerum: deinde nihilne amplius veniat in usumfructum, quam quod earum rerum pars sit. Et si de rebus ipsis appellatis quæritur, placet cuiufcunque rei ususfructus constitutus est, eius omnes partes sine exceptione constitutione contineri; ut earum ususfructus ad fructuarium pertineat, sive quæ fuerint ab initio, cum ususfructus constitutus est, sive quæ postea accesserint. Ut puta, ædium usufructu legato, ususfructus constitutus intelligitur ædificiorum, arearum, horti, locorum subterraneorum, ut cellæ, & generaliter quæcunque sunt ædium partes. *L.* 7. in pr. *D. de usufr.* Ædium partes quæ sint, declaratur in *L. Iulianus*, §. ult. & aliquot *LL.* seqq. *D. de act. empt.* fundi usufructu legato, omnes partes fundi hoc iure tenentur, idest, non superficies tantum, ut ager, vites, arbores, silvæ: sed & inferiores partes terræ, ex quibus fructus percipi potest, ut 6 lapidicinæ, cretæ, arenæ, & metallorum fodinæ, *L. item si fundi.* 9. in pr. & §. 2. *D. de usufr.* Neque tantum, ut dixi, id iuris est in iis partibus, quæ initio constituti ususfructus fuerunt: sed etiam in iis, quæ postea ita accesserunt, ut fundi fructuarii partem facerent; ut, si quid alluvione accesserit, alluvionis quoque ususfructus ad fructuarium pertinebit. Quippe post alluvionem cœpit esse pars fundi; nunc autem totius fundi ususfructus legatus est. *d. L.* 9. §. *huic vicinus.* Alia caussa est eius insulæ, quæ iuxta fundum fructuarium nata est. Hæc, ut

5) Non tamen omnimodo: vid. auctores citatos *supr. C.* 4. *N.* 4. Cæterum *nihil interest bonorum quis, an rerum usumfructum legaverit. L. ult. D. de us. leg.* ut rectius Florentini codices, licet vulgati habeant: *Multum interest*, quod probat A. Fab. 1. *Conject.* 14. qui idem pro verbis *tertia partis* voculam *certarum* substituit. Sed commodus Florentinæ lectionis sensus. Nec resistit versus extremus, quia is de usufructu certarum rerum; at initio dixerat de usufructu rerum simpliciter relicto, ubi per res omnia bona significantur, arg. *L.* 14. §. *ult. ad SC. Treb.*

6) *L.* 13. §. 5. *h t* vid. Io. del Castillo *de Usuf.* C. 37. qui aliquot casus distinguit, ubi & *n.* 10. *ac seqq.* tractat de impensis factis ad venas inquirendas, an & quando earum repetitio sit.

ut alluvionis incrementum, licet proprietati accedat: placet tamen eius usumfructum ad fructuarium non pertinere. *d. L.* 9. §. *huic vicinus*. Nempe quia alluvionis incrementum fundo cohærens eiusdem fundi partem facit: insulæ incrementum [7] separatum eiusdem fundi pars dici non potest: quam rationem Ulpianus fortasse sensit in *d. L.* 9. §. *huic vicinus*. Sed parum explicate. Eadem refectionis, quæ alluvionis ratio est. Non tantum si quid refecerit fructuarius in re fructuaria, eo utetur: sed etsi refecerit ipse dominus, patietur fructuarium uti. Utrumque enim pariter accessit rei fructuariæ, & eiusdem corporis pars esse cœpit. *L.* 7. §. *quoniam*, *D. de usufr.*

IX. Quod si quæritur, de aliis rebus, quæ rei appellatæ partes non sunt: placet etiam ex his plerasque in eundem usumfructum venire. Et generaliter omnes, quæ ad eam rem, cuius ususfructus legatus est pertinent, quarum genera tria veteribus placere animadverto. Primum, si quæ rei fructuariæ caussa paratæ sunt. Ut, fundi legato usufructu, etiam instrumenti usufructus datus intelligitur. *d. L.* 9. §. *instrumenti*, *L. sed si quid* 15. §. *proprietatis de usufr.* quia instrumentum ad fundum pertinet, ut fundi caussa paratum. In instrumento enim fundi sunt ea, quæ fructus quærendi, cogendi, conservandi caussa parata sunt. Quæ qualia sint, declaratur in *L. in instrumento*, *D. de instrum. instr. leg.* Secundum genus est ferarum bestiarum, quæ in fundo sic habentur, ut ibi tanquam domicilium & fedem habeant, stabulentur, pascantur. Nam & hæ velut fundo traditæ, quodammodo ad fundum pertinent, etsi satis constat eas fundi partes non esse. Et ideo fundi usufructu legato placet etiam apum, quæ in fundo sunt, item venationis ferarum usumfructum ad legatarium pertinere. *d. L.* 9. §. 1. §. *aucupiorum*, *D. de usufr.* Postremo & quæ extra fundum sunt, cuius usufructus legatus est, usu quodammodo & destinatione patrisfamilias interdum ad fundum fructuarium pertinent. Quod cum sit, etiam hactenus in eumdem usumfructum vocantur. Cuiusmodi est, si sit ager, unde palo in fundum, cuius usus ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice, vel arundine. Non est quidem is ager pars fundi fructuarii, nec in fundo fructuario aut habetur, aut haberi potest. Constat tamen eum habere aliqnid, quod voluntate domini ad fundum fructuarium pertineat; id scilicet, quod inde ad fundum fructuarium sumere solebat dominus. Ideo placet & fructuarium ita uti posse: sed hactenus, ne ex eo vendat. *d. L.* 9. §. *instrumenti*, *D. de usufr.* Recte, ne vendat. Non enim ista pertinent ad fundum fructuarium, si alibi, quam fundi caussa his fructuarius utitur. Non utitur autem in fundo, qui vendit.

X. Iam videamus, quis sit is usus & fructus, quem in his rebus quærimus. Uti est rem tractare & exercere ad aliquem usum & commoditatem nostram, tantumque inde sumere non quantum libeat, aut capi possit etiam ad compendium, sed quanto est opus: idqne facere secundum conditionem rei, idest, ad eum usum, ad quem res parata est. Prior pars huius definitionis, quia usus nudi propria est, in usu amplius exponetur. Illa, quæ usui cum fructu communis est, nunc a me attingetur. Est igitur ita, ut hic solus usus sit fructuarii, cum quis secundum conditionem cuiusque rei ea re utitur. Exempli caussa, ædibus utimur ad inhabitandum; fundis ad fructum capiendum; iumentis & servis ad operas, navi ad navigandum; vestimentis ad induendum. Ad hæc omnia recte utetur fructuarius re fructuaria; secus non licet. Quinimo & in his ipsis hic modus est, ut in his quoque utatur secundum rei cuiusque conditionem, extra quam qui utitur, abutitur, non utitur. Usus autem datus est, non abusus. Definitio posita ab Ulpiano in servis in *L. sed si quid*, 15. §. 1. *D. de usufr.* quæ ad alias res omnes, quarum ususfructus legatus erit, transferenda est. Exempla hæc sunt. Ædium usufructu legato, fructuarius cœnaculis ut cœnaculis utetur, stabulo ut stabulo; pistrino ut pistrino. Ex cœnaculis non faciet meritoria, non pistrinum ex stabulo, non ex pistrino stabulum. Atque ita de reliqnis partibus domus ex usu cuiusque iudicandum est. Quod explicatur pluribus in *L. si cuius*, 13. §. *ult. de usufruct.* Similiter & servorum usufructu constituto, servis secundum ministeria & artificia cuiusque utetur: ministeria non muta-

7) Eadem ratio est Connani 4. *Comm.* 1. *n.* 3. quam & approbat Castillo *d. C.* 37. *n.* 23. Aliud igitur erit, quod hi volunt, si insula sit pars rei, ut si alicuius territorii ususfructus constitutus & in eo insula enascatur. Obiic. locus Pauli 3. *Sent.* 6. §. 24. Resp. Goth. *in not. d. L.* 9. §. 4. Pauli sententiam abrogatam esse vult. Rittersh. *Partit. feud. Lib.* 2. *C.* 2. Q. 3. Ulpianum loqui *d.* §. 4. de durante usufructu, Paulum de finito. Quod non ita esse quilibet deprehendet, & quis eo finito, locus quæstioni. Torquet & hic se frustra Hortens. ad *L.* 2. *de Usufruct. accr.* Nulla pugna manebit, si, ut & *Sich. editio* habet, pro *quia* in *d.* §. 24. legas *qui*. Sensus: Quibus casibus proprietatem non auget alluvio, iisdem nec usumfructum.

mutabit. De fymphoniaco, inquit Ulpianus, non faciet atrienfem, urbanum non mittet rus, ut ibi opus faciat. Et fi veftimentorum, ufus legatus fit, utetur ipfe, non aliis locabit; quoniam non in hoc veftimenta habentur. *d. L. fed fi quid*, 15. §. 1. & §. *& fi veftimentum. eod.*

C A P. VIII.

Fructuum genera duo, Naturales & Civiles. Quinam utrique, & quid in his pertineat; aut non pertineat ad fructuarium. Inter cætera in his, quæ ex re nafcantur, de Partu ancillæ; de Arboribus grandibus; de Silva cædua, & non cædua; de Venatione. In fructibus autem civilibus, quatenus rem fructuariam alii fruendam vendere, locare, gratis concedere, pignori dare liceat.

Fructus unde nomen fuum derivet; quæ illi fubiecta vis & poteftas; & qualis habenda perceptionis ratio. I.

Hæc autem ex divifione fructuum planius intelligenda. II.

Fructus omnes aut naturales, *aut* civiles. *Quid fint utrique.* III.

Naturales *aut ex re nati, aut pars rei: ad ufum aliquem natura facti omnes ad fructuarium pertinent, fi pro ufu & conditione rei percipiantur. Exempla.* IV.

Extra rei ufum & conditionem funt, adeoque nec in fructu quatuor genera rerum. V.

1. *Partus Ancillæ.* VI.
2. *Arbores grandes.* VII.
3. *Silva non cædua aut natura, aut inftituto veteris domini.* VIII.

Nifi fructuarius materiam fuccidat ad Villæ refectionem, & vineæ fulcimentum. IX.

De Silva cædua. Exponitur L. ex Silva cædua 10. D. de ufufr. X. XI.

Arbores grandes demortuæ, funt in fructu; fecus vi tempeftatis, feu alia externa vi divulfæ & excifæ. Quæ earum differentiæ ratio; & qui fructuarii ufus in iftis. XII.

4. *Venatio. Secus quando fundi fructus ex venatione conftat exceptionis ratio.* XIII.

Num prædium in venatione confiftat fi fit ambiguum: quomodo res expedienda. XIV.

Civiles *fructus etiam fpectant ad fructuarium, tria iftorum genera.* XV.

1. *Servorum operæ, & horum acquifitiones. Hæ cuiufmodi.* XVI.
2. *Commoda ufus, traditionifve rei fructuariæ in alium collatæ: quatuor ifta & quatenus in fructu fingula.* XVII.

Quid in ifta rei fructuariæ traditione fructuarius in alium transferat; & qua rurfus conditione. XVIII.

An veftimenta locare fructuario liceat. Quid fi veftem, aulæum, fcenicum apparatum. Quem in ufum ifta locare debeat. XIX.

3. *Actio damni infecti, & quod ex illa eft ruinofarum ædium dominium; quo nomine; & quare.* XX.

Contrariis occurritur. XXI.

I. FRuctus auctore Varrone *Lib.* 4. *de Lingua Lat.* a ferendo dictus eft, ut fit omne, quod res ferat. Et ita noftris accipitur: quibus fructus eft, quidquid ex re percipi poteft: & cum explicatius loqui volunt, omnis reditus, omnis obventio, omne denique [1] commodum, quod vel ex re nafcitur, vel per cauffam rei percipitur. Unde placet omne id ad fructuarium pertinere. *L.* 7. in princ. *L. item fi fundi*, 9. in princ. *L. arbores*, 59. §. 1. *D. de ufufr.* Si tamen hic addiderimus, quod fupra in ufu, ut fit fructus, quod ex re percipi poteft, dum percipitur fecundum conditionem cuiufque rei, id eft, ad eum ufum, ad quem res parata eft natura, aut patrisfamilias inftituto.

II. Sed hoc totum dictum generaliter, incertius eft. Quale autem fit, id eft, quam late pateat, & quid contineat, divifio fructuum declarabit. Qua fi in fructibus bonæ fidei poffeffori acquirendis fupra ufi non fumus: eo factum eft, quod

non

1) Quæ commoditates fructuario obveniant, utrum omnes, an quæ in fructu confiftunt &c. fufe tractat Io. del Caftil. *de Ufuf. C.* 36.

non omnes fructus, quanvis percepti, eius fiunt, sed naturales tantum: neque rursum hi omnes, sed tantum ex his illi, qui opera & cultura vel eius, vel alterius proveniunt. Quod in fructuario longe secus est; ad quem, ut dixi, omnis generis fructus, omne commodum rei pertinet. Sed & percipiendi fructus, eosque acquirendi ratio, in utroque longe dissimilis. Ut proinde necesse habeamus de utraque parte in usufructu hoc loco separatim dicere.

III. Ergo ut dicam de fructibus, quod huc pertineat, fructus omnino genere duplex est: naturalis, & civilis. Naturalis, qui natura provenit, ut segetes, poma, animalium fœtus. Civilis, qui iure percipitur, ut rerum locatarum mercedes. Sic enim hæc genera distinxit Papinianus in *L. si navis*, in princ. *D. de rei vind.* non ut naturales fructus aut civiles nominaret: sed ut superioribus definitionibus uteretur, ex quibus & res ipsa, & nomina rei convenientia facile colligi potuerunt.

IV. Naturalis fructus item duplex. Quod res gignit, & educit ex sese; tum quod immotum in se continet, natura ita factum, ut ex eo aliquis usus percipiatur: ut sunt fodinæ, lapidicinæ, de quibus supra dixi. Utriusque generis fructus ad fructuarium pertinet. *d. L. item si fundi.* 9. in pr. & §. 2. *de usufr.* In primis vero quod ex re nascitur. Ut in agris segetes, poma. *L. qui scit*, in pr. §. 1. *L. fructus. D. de usufr.* in pecudibus lac, pilus, lana, fœtus. *L. in pecudum*, *D. eod.* item apum favi. *d. L.* 9. §. 1. *de usufr.* Sed in omnibus his hoc temperamentum est, quod dixi, ut sint omnia fructuarii, dum percipiantur secundum conditionem rei, id est, ad quem usum res quæque habetur. Extra hanc conditionem atque usum nihil est in fructu. Semper enim in usufructu usus inest *L. per servum*. §. 1. *D. de usu & hab.* Iam autem dixi eum, qui non secundum conditionem rei re utitur, non uti, sed abuti, *d. L. sed si quid.* 15. §. 1. *de usufr.* Quare ne is quidem extra conditionem rei utendo frui intelligitur.

V. Atque hinc in iis, quæ ex re fructuaria nascantur, placet hæc non esse in fructu, partum ancillæ; arbores grandes; silvam non cæduam; & interdum venationem.

VI. Partus ancillæ non minus nascitur ex ancilla, quam pecudum fœtus ex pecudibus. Placuit tamen in fructu non esse, nec fieri fructuarii. *L. vetus.* 68. *D. de usufr. L. in pecudum*, *D. de usufr.* Scilicet quia ancillæ non eius rei caussa habentur, ut pariant, id est, non est hæc earum conditio, ut ad eam rem his utamur. Ratio Ulpiani in *L. ancillarum*, *D. de her. pet.* Redditur alia a Caio in *d. L. in pecudum*, sed prior illa huic loco magis convenit.

VII. Arbores grandes nascuntur item in fundo. Fundi tamen usufructu legato, placet non esse in fructu, ut liceat fructuario [2] eas cædere, ac perceptione eius fiant. *L. sed si grandes.* 11. *L. si cuius.* 13. *§. fructuarius*, *D. de usufr.* Nempe quia est contra conditionem arborum. Non enim educantur arbores, ut succidantur; sed contra ut durent & perstent, frugiferæ quidem ad fructum ferendum; infrugiferæ autem ad umbram, aut ornatum, aut materiam præstandam.

VIII. Ex hac regula & de silva, quæ est in fundo, iudicandum est. Fundi aut latifundii alicuius usufructu legato interdum silva in fructu est, ut fructuario eam cædere liceat; interdum non est. Si est [3] cædua, idest ea, quæ excisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascatur, *L. silva*, *D. de verb. sign.* & præterea eiusmodi, quam dominus cædere solebat: est in fructu; ut possit fructuarius cædere sicut paterfamilias cædebat. *L.* 9. *§. ult. D. de usufruct.* Quippe eodem modo cum cædat fructuarius, faciet secundum conditionem & usum, ad quem silva parata est. Additur in *d. L.* 9. *§. ult.* quod explicatione indiget. Poterit & fructuarius vendere, quod cæciderit. Licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti. Ad modum enim, inquit Ulpianus, hoc referendum est, non ad qualitatem utendi. Ad modum idest, ad mensuram & quantitatem utendi. Ut scilicet possit fructuarius [4] tantum cædere in silva, quantum paterfamilias cædebat: non autem ut cum cæciderit, eodem modo cogatur uti. Si silva non est cædua natura sua, aut cum esset, non sic tamen a domino [5] habebatur, ut esset cædua, sed ut excresceret in arbores grandiores; non erit in fructu; nec

2) Vid. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 3. *Gl. un. n.* 24. *& seqq.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. n.* 50. Renat. Choppin. *Lib.* 2. *de Priv. rust. P.* 1. C. 10. Castillo *d. Tr. C.* 25. *n.* 1. *usque ad n.* 26. ubi *n.* 1. ex hac caussa usumfructum amitti, & *n.* 5. extendit ut obtineat in usufructu patris in bonis adventitiis.

3) Ubi duæ definitiones Trebatii & Sulpitii, quas coniungendas, ut ex utraque una plena ac perfecta constituatur, vult Gœd. *ibid. n.* 3.

4) Sic & Cuiac. *ad L.* 30. *& seq. de V. S.* contra Accursium, videndum quantum paterfamilias cædere solebat, non quomodo cæso utebatur: aliter Io. Superior *ad L.* 4. §. 1. *servit. n.* 3.

5) Cuiac. ita *d. loc.* Si nominatim silvæ cæduæ ususfructus relictus, eam quoquo modo cædere & compendium inde facere licet *L.* 22. *de Usu & hab.* ac est in fructu, etsi intempestive cæsa sit. *L.* 48. §. 1. *h. t.* id est ante

nec licebit fructuario eam succidere, quia est præter usum & conditionem silvæ. *d. L.* 9. §. *ultim. D. de usufruct.*

IX. Hic tamen & in arboribus grandibus & in silva quædam excipiuntur, quæ ad usum & necessitatem tribuuntur fructuario. Nam primum ex silva quanvis non cædua placet eum materiam succidere posse, quantum satis sit ad villæ, quæ in eodem fundo sit, refectionem. *L. arboribus*, 12. in princ. *D. de usufr.* materiam, idest, arbores grandiores ad ædificandum aut fulciendum idoneas. *L. ligni*, in princ. *D. de leg.* 3. Hoc recte: quia hactenus hunc usum patitur, atque adeo exigit rei conditio. Nam & dominus videtur idem facturus fuisse: & absurdum est fundum hæc commoda ferre aliis, sibi ipsi non ferre. Qua ratione etiam ex silva nnn cædua fumat fructuarius in vineam, quæ sit in eo fundo, quod satis sit ad eam fulciendam; nam & hoc ad utilitatem fundi fructuarii similiter pertinet: & conditio fundi similiter exigit. *L. ex silva*; 10. *D. de usufruct.*

X. Quod si silva erit cædua; scriptum est in *d. L. ex silva*; Usufructuarium hoo amplius pedamenta & ramos inde sumpturum. Ubi cum non adiicitur, quam ad rem possit sumere, & præterea distinguatur huius silvæ conditio a conditione eius, quæ non est cædua: intelligere debemus posse fructuarium hæc sumere ex silva cædua, non tantum ad usum eiusdem fundi, sed ad omnem usum & necessitatem suam.

XI. Sed cur dictum est fructuarium ex silva cædua posse cædere pedamenta & ramos, cum dici debuerit posse eum in totum silvam cædere, ut vendere, si velit? nam hoc ius est in silva cædua, cuius usufructus legatus est; idque ita paulo ante scriptum erat in *L.* 9. in fin. *D. de usufr.* Et hoc quid sit, ex priore illo loco intelligitur. Sic enim illic fructuario silvæ cæduæ tribuitur usufructus, si modo & paterfamilias ita silvam habebat, ut eam cæderet. Unde intelligitur, si eam non cædebat, ne fructuarium quidem id facturum contra conditionem, ad quam res parata est patrisfamilias destinatione.

Postea subiicitur *in fragmento sequenti*, etsi hæc distinctio est in silva cædua, cum de pleno usufructu eius agitur: tamen si quæritur de usu tantum, illud generaliter de ea dici posse, fructuarium ex silva cædua pedamenta saltem & ramos sumpturum: ut sit sensus, semper sumpturum & sine distinctione, idest, sive paterfamilias eam cædebat, sive non cædebat. Quod, cum de ea in totum cædenda, & vendenda agitur, secus est. Sed cur ex cædua tantum sumet fructuarius, etiam si patrifamilias non erat cædua, ex non cædua autem non tantum: Quia conditioni silvæ natura non cæduæ repugnat, quominus ex ea quidquam cædatur, nisi ad villæ & vineæ, idest, fundi ipsius necessitatem. At cum silva natura sua cædua est, & tantum destinatione patrisfamilias ita habetur, ut excrescat in iustas arbores, non obstat huic instituto, & iusto incremento arborum pedamenta & ramos ex silva sumere: quia his sumptis, nihilominus arbores excrescent in suam magnitudinem. Quod si tantum vellet sumere fructuarius, ut ipsum corpus arborum tolleretur, non est ei concedendum. Additur enim in *extremo d. L. ex silva*, quod ad omnia præcedentia referri debet, ex silva sumpturum fructuarium superiora, dum ne fundum deteriorem faciat.

XII. Hæc dicta sunt in silva & arboribus, quandiu stant arbores integræ. Diversum est, si arbores aut demortuæ sint, aut vi ventorum evulsæ, deiectæve. Demortuæ ad fructuarium pertinent, ut eas succidere possit, & his uti vel ad ædificandum, vel ad comburendum, prout volet: tantum in demortuarum locum alias substituere debet. *L. agri*, 18. *D. de usufr.* De quo onere postea. Ita demortuas dicimus esse in fructu, quæ viventes non erant. Merito: demortuæ enim iam ad nullam rem utiles sunt, quam ut excidantur, ne fundum onerent. Ipse autem fundus & natura rei cum his alimentum & vitam subduxerit, non aliud dici potest, quam fundum demortuas arbores ex se extruxisse, ac velut peperisse: ut non minus sint in fructu, quam in animalibus pilus & excrementa, quæque ab his ege-

te quinquennium. Cædere enim solebant quinto quoque anno, per *L. ult. Cod. de serv.* Sed Gœd *ad d. L.* 30. *n.* 4. immature cædi silvas non debere, cum inde periculum sit, ut aut facile arbores cæsæ demoriantur, aut non facile renascantur. Quod vero habetur in *d. L.* 48. §. 1. ita esse quoad commodum perceptionis, cum materia cæsa non minus sit silvæ fructus, quam fœnum prati. Quoad modum vero, finem & usum differentiam magnam esse inter silvam, oleam, & fœnum, quod immature prata tondere, olivas legere etiam boni patresfamilias soleant. Si autem in-

ciduæ silvæ, id est pascuæ usufructus relictus, vult Cuiac. *d. loc.* fieri compendium posse ex pastione, immittendo pecus suum vel alienum, accepta certa pecunia. Cædere autem non licere nisi usus gratia, vel demortuas arbores. Sed si usufructus fundi, in quo est silva cædua, constitutus, ea uti non posse quæstua sui caussa, sed ad eum modum quo dominus usus *d. L.* 9. §. *ult.* vid. idem 24. *obs.* 5. Io. del Castillo *de Usuf.* C. 25. *n.* 26. *usque ad finem*, & an hic plus patri liceat in usufructu adventitiorum C. 26. quod negat Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat. n.* 60.

runtur, si quod sit in his commodum. Alia caussa est arborum non demortuarum, quæ vi tempestatis deiectæ sunt. Placet has ad proprietarium pertinere: sic tamen ut earum usus relinquatur fructuario, id est, tantum, ut ex his ferre possit usque ad usum suum & villæ. *d. L. arboribus*. 12. in princ. *D. de usufr.* Cur hoc in his potius, quam in arboribus demortuis: cum avulsæ non alium usum iam habeant, quam demortuæ? Hæc Ulpiani ratio est ibidem, quia *alioquin*, inquit, *etsi totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius*, quod ille absurdum putat. Significat autem, cum hic casus aliunde contigerit, quam a fundo, iniquum esse, ut proprietario auferat in totum, quod prius eius fuerat. Prius autem arbores eius erant, quia erant pars fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* Sed ostendit iniquitatem magis tum perspici posse, si omnes arbores agri eodem casu eversæ fuerint. Sic enim futurum erit, ut calamitas incidens omnes arbores proprietario auferat, & tribuat fructuario, cuius prius non erat. Quod est iniquissimum. Et tamen ne in arboribus iam ad nullam aliam rem utilibus, quam ad utendum, auferatur fructuario omne commodum, quod ex his percipi potest: recte placet sic commodum earum inter proprietarium & fructuarium dividi, ut saltem quod est minimum in usufructu, fructuario relinquatur, id est usus; quo scilicet utatur ad necessitatem, idque secundum rei conditionem, id est, ut ibidem Ulpianus refert Labeonem dicere, *ne materia pro ligno utatur*, si habeat, unde utatur ligno: In arbore materiam dicimus id totum, quod est aptum ad ædificandum aut fulciendum ædificium. Lignum, quod ad nullam aliam rem valet, quam ad comburendum. *d. L. ligni, D. de leg.* 3. Hoc ergo dicitur, si fructuarius indiget materia ad ædificandum aliquid vel in villa fructuaria, vel in suo, hactenus materiam eum sumpturum ex illis arboribus. Si non indiget ad ædificandum, nihil sumpturum nisi lignum, id est, eas partes, quæ sunt utiles tantum ad comburendum. Si tamen aliunde lignum habeat, quo utatur. Quo casu significat fructuarium etiam materia pro ligno usurum. Hæc iu *d. L. arboribus*, 12. *de usufr.*

XIII. De venatione fundi ex eadem regula iudicandum est. Diximus supra fundi usufructu legato, etiam in feris bestiis, quæ illic sunt, usumfructum constitutum videri, id est, datum fructuario, ut his feris frui possit non secus, quam si ususfructus pecorum relictus esset. Non fruetur, nisi capiat. Non capiet, nisi venando. Hoc ergo quæritur, an hæc venatio & captura, sint in fructu, ut quod captum erit, sit fructuarii. Et traditur in *L. venationem, D. de usufr.* venationem non esse fructus fundi, id est, non esse ex fructu; aut in fructu fundi; sed cum hac exceptione, nisi [6] fructus fundi ex venatione constaret. Nec alia sententia existimari debet *L.* 9. *§. aucupiorum, D. de usufr.* cum ita traditur simpliciter, venationum reditum ad fructuarium pertinere. Non dicitur venationem ad fructuarium pertinere, sed venationum reditum. Prius ergo exigitur, ut sit aliquis reditus in venatione: tum placet hunc reditum pertinere ad fructuarium. Hoc autem nihil aliud est, quam venationem in fructu esse, quo deinde pertineat ad fructuarium, si fructus & reditus fundi constet venatione, quod plane idem est cum priore illa definitione. Cur non ergo simpliciter dicimus venationem esse in fructu, sed exigimus, ut fructus fundi venatione constet? Quia nisi fructus fundi constabit venatione, repugnat conditio rei, quominus secundum eam conditionem venationem in re exerceamus. Tunc enim dicitur fructus fundi ex venatione constare, cum feræ bestiæ a domino ita habebantur, ut ipse venari soleret, & capere feras, quibus uteretur, multoque magis, si venderet. Quod si feras habuit, ut asservaret, aut ut voluptatis tantum caussa exerceret, ut plerumque nobiles solent: apparet illum rem aut feras non habuisse ad eum fructum. Unde fit, ut priore casu secundum conditionem rei & destinationem patrisfamilias venatio exerceatur, ac proinde sit in fructu: posteriore casu exerceatur contra conditionem atque usum, ad quem res parata est: proinde iuxta regulam supra scriptam non sit in fructu, quia adversus eam conditionem non sit usus, sed abusus, res usui & fructui contraria. Defenditur hæc definitio exemplo silvæ

6) Vid. Coras. 5. *Misc.* 8. Modest. Pist. *P.* 1. *Q.* 15. sic: Feras suas facere fructuarium, *d. L.* 62. iure gentium id est non iure suæ servitutis, sed quo quivis alius acquisivisset, quando in fundo venatio omnibus libera: iure civili, quando domino, a quo caussam ususfructus habet, peculiare ius est venationis, ut ab eius usu alios arcere possit. Idcirco venationem non esse in fructu *d. L.* 26. respectu habito ad ius gentium antiquum. Sic enim fructuarius venatur non iure servitutis, sed iure omnibus communi. Esse in fructu *d. L.* 9. §. 5. *d. L.* 62. quando dominus ius habet venandi. Atque hinc esse, quod dicitur in *L.* 12 §. 12. *de instr. leg.* si in agro venationes sint. Addit quosdam verba *d. L.* 26. *nisi fructus* &c. sic accipere, nisi quæstus fundi in venatione consistat *L.* 22. *de instr. leg.* ut in aridis locis. Atqui, ait, in silvis maior proventus ex lignis, in nemoribus ex pascuis: ita Pistorius.

silvæ cæduæ; quam dicimus esse in fructu, si & dominus eam cædere solebat. Contra esse, si non ita habebatur, ut cæderetur. *d. L.* 9. *§. ult. D. de usufr.*

XIV. Quid, si non constet de voluntate & usu patrisfamilias, voluerit ne fructum in venatione esse, an contra? In re dubia utemur distinctione Tryphonini ex *L. usufructuarium*. 62. *D. de usufr.* ut si libere vagentur feræ bestiæ, puta in saltibus vel montibus possessionis fructuariæ, liceat fructuario venari, & capere, ut quod inde eœperit, fiat eius, non proprietarii. Sin feræ inclusæ sint vivariis, ut facile capi possint, cum libet, si quidem a domino ipso, eius maneant, nec contra quam voluit, sint expositæ venationi; sin a fructuario, aut si etiam ipsæ feræ inciderint in ea vivaria, delapsæve fuerint, hæ fructuarii iuris fiant: priores, quia eum eius ab initio fuerint, inclusæ quoque eius maneant: posteriores, quia ab illo illis locis velut captæ & occupatæ eius fiunt iuxta regulam iurisgentium, quod ante nullius est, occupanti concedi. *L.* 3. *D. de acquir. rer. dom.* Quid ergo, si sint aliquæ feræ inclusæ a domino, aliæ includantur a fructuario, aut aliquæ sese in ea loca conclusa demittant, ut iam difficilis sit discretio? quid hic fiet, ut fructuarius suas illas teneat? Et additur in *d. L.* 62. *de usufr.* quod huc pertinet, significaturque in hac incertitudine potestatem fieri fructuario promiscue omnes feras capiendi, & sibi sumendi: tantum sufficere, ut per singula quæque genera ferarum finito usufructu domino proprietatis assignet eumdem numerum, qui fuit cœpti ususfructus tempore. Sic enim fiet, ut utrique pariter consulatur: & aliter res explicari non potest. Atque hi sunt naturales fructus. Quos cum dicimus esse fructuarii, hoc tenendum est fructuarii, esse omnes, etiam si his non indigeat; ad compendium, non ad necessitatem, qua nota distinguitur ususfructus ab usu in *L. plenum*. *§.* 1. *D. de usu & hab.* Et hoc est, utetur ipse si volet. Idem si velit, potest vendere. *L.* 9. *§. ultim. D. de usufr.*

XV. Civiles fructus & ipsi non minus ad fructuarium pertinent. Ut intelligamus verbo fructus non illa tantum tribui fructuario, quæ ex corpore rei nascuntur, sumunturve: sed etiam omnia commoda quanvis extrinsecus obtingentia, quæ quovis modo per occasionem rei fructuariæ percipiuntur, quos nunc civiles fructus docendi caussa appellamus. Horum fructuum tria genera sunt: operæ servorum, eorumque inde acquisitiones: pretium seu commodum usus traditionisve rei fructuariæ in alium collatæ: tum quod fructuarius rei fructuariæ nomine agens potestate actionis ab adversario consequitur.

XVI. Servi usufructu legato, operæ servi sunt in fructu. *L.* 4. *D. de op. serv.* idest, quidquid efficit servus, aut acquirit aliunde operis suis: quæ ideo fructuario acquiruntur. *§. de his, Inst. per quas person. nob. acq.* Multo magis si ad factum servi res fructuarii accesserit. Et vero de hac parte hæc iuris definitio est. Quidquid servus fructuarius ex re fructuarii, vel operis suis acquirit, id fructuario adiicl. *d. §. de his*. Non mirum igitur, si in hac caussa haberi placet, quanvis positum extra operas servi, si quid donetur servo contemplatione fructuarii. *L. sed etsi*, 22. *D. de usufr.* Est enim hoc velut quæsitum ex re fructuarii. arg. in *L.* 5. in princip. *D. de iur. dot.* ad quod etiam habendum servi acceptio, quasi quædam eius opera, intervenerit. Atque hic fructus est, quem ex corpore servi non nasci apparet: proinde non naturalis, sed civilis. Huc referri debent ea, quæ diximus de iis, quæ nobis acquiruntur per eos servos, in quibus usumfructum habemus *Libri superioris Cap.* 6. Locus hic explicatur copiose in *L. si servi*, 21. & *LL.* 5. seqq. *D. de usufr.*

XVII. Commoda usus traditionisve rei fructuariæ in alium collatæ sunt hæc quatuor: rem fruendam alii vendere; fruendam locare; gratis concedere; pignori dare. Hæc quidem omnia fructuario concessa. De tribus prioribus diserte cautum in *L. arboribus*, 12. *§. usufructuarius*, *D. de usufr.* de pignori datione satis intelligitur ex regula iuris, qua traditur, fructum rei esse vel pignori dare licere. *L. fructus*, *D. de reg. iur. L. ult. D. de usur.* Si fructus, etiam fructuarii erit. Omnis enim fructus fructuarii. Cur ergo aut hoc, aut superiora concessa fructuario? nempe quia sunt in fructu, ut ex proxima regula de pignori datione intelligetur. In fructu autem hæc non propter se, sed propter commodum & fructum, qui ex his percipitur, ac nisi his præcedentibus percipi non potest. Venditionis fructus, pretium, quo qui fruitur, dicitur ob eam caussam non minus usumfructum habere, & retinere, quam si ipse re principali uteretur frueretur. *L. non utitur*, 38. *L. quia*, *seq. D. de usufr. d. L. arboribus*, 12. *§. usufructuarius. eod.* Locationis fructus pensio & merces. Unde pen-

pensiones & mercedes loco fructuum in *L. mercedes, D. de hered. pet.* & iure civili fructus, quia hoc iure pro fructu habentur. Gratuitæ concessionis fructus, beneficij debitorem acquirere. *L. si pignore*, 54. §. 1. *D. de furt.* obligatione nimirum naturali ad remunerandum constituta, *L. sed etsi lege*, §. *consuluit*, *D. de her. pet.* Pignori dationis fructus manifestus in eo, quod debitor propter pignus consequitur, ut mutuam pecuniam inveniat, quam sine pignore non esset accepturus; aut pecunia ante debita, consequitur, ut pignore dato, satisfaciat creditori suo ad moram alicuius temporis, ne distractionem rerum suarum interim patiatur. Unde dictum, non creditoris tantum caussa pignus dari, sed & debitoris, quo magis pecunia ei credatur. §. *ult. Inst. quib. mod. re contr. obl.*

XVIII. Rem fruendam seu usumfructum vendi posse cum dicimus, ut est in *d. L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*, *D. de usufr.* & d. §. 1. *de usu & hab.* intelligere debemus vendi posse non ius ipsum, quod personæ cohæret: *L.* 3. in fin. *D. quib. mod. us. amit.* quam ob caussam in alium extraneum transferri non potest. §. *finitur*, *Inst. de usufr.* sed vendi posse [7] fructuum perceptionem, idest, hactenus rem fruendam vendi posse, & tradi emptori, ut quandiu ususfructus consistet in persona fructuarii, tandiu emptor re fruatur, sitque fructuarii loco, ut declaratur in *L. si ususfructus*, in fin. *D. de iur. dot.* Eamdem translationem in gratuita concessione accipere debemus. Sic & in re fructuaria pignori danda hoc intelligemus, non proprietatem pignori dari posse, quam quidem fructuarius, qui eam non habet, pignori dare non potest: [8] *L. interest*, *C. de usuf.* sed rem fructuariam quatenus fructuaria est; ut intelligatur hic magis ususfructus pignori dari, quam res ipsa: vel res ipsa quidem, sed quandiu ususfructus stabit; quod eodem redit. Sed & hos ipsos fructus similiter ut naturales sciamus fructuario tribui eadem illa conditione, quam supra diximus, dum conditio rei patiatur. Cæterum vendere, [9] locare, aut concedere rem fruendam præter conditionem rei non licet. Ac quod de locatione hic dixerimus, multo magis de cæteris intelligetur.

XIX. Sunt autem res quædam, quæ conditione sua locari non solent. Huius generis sunt vestimenta; quæ in hoc parantur, ut his honeste pro tempore & persona in familia utamur, non etiam ut locentur. Ideo ususfructu vestimentorum legato fructuarius his utetur, si volet, non locabit. Præterquam si sit vestis, aulæum, aut alius [10] apparatus, scenicus, idest paratus, ut sit usui in scena. Tunc enim & secundum conditionem rei licebit locare. Sed ut sit usus in scena dumtaxat, non alibi. Hæc in *L. sed si quid*, 15. §. *etsi vestimentorum*, *D. de usufr.* Sed etsi secundum conditionem rei rem locare liceat; non tamen licebit ultra, quam rei conditio patitur. Ut puta, ædes fructuarias locare licet: sed domum ut domum, cœnacula ut cœnacula: ex cœnaculis meritoria non faciet: ex honesta domo non feciet cauponam aut diversorium. Et quæ sunt in eamdem sententiam in *L. si cuius*, 13. *D. de usufr.*

XX. Tertium genus fructuum civilium est earum rerum, quas fructuarius nomine rei fructuariæ agendo consequitur. Huic commodo locus est in actione damni infecti, quam instituit fructuarius adversus vicinum ædium fructuariarum nomine. Quidquid is hac actione consequitur, placet id proprium eius fieri tanquam rei fructum; utpote perceptum per occasionem & caussam rei fructuariæ. *L.* 7. in princ. *D. de usufr.* Id autem ita se habet. Si ædi-

7) Ita & Hot. *ad* §. 1. *I. de Usu & hab.* Non ususfructus ipse, ait, sed fructuum percipiendorum facultas cedi potest, quæ facti est non iuris, & Zoan. *Rer. Quotid.* C. 63. *n.* 3 quia non potest idem esse in persona cessionarii, qui fuit in cedentis, & Hortens. *ad L.* 4. *de Novat.* ut æstimetur ex persona eius, cui primum constitutus, cum ea duret ac finiatur; Sarmient. 3. *select. interp.* 9. *n* 2. & 3. Ius vendi nequit; perceptio fructuum & utilitas potest. Leges, quæ dicunt alienari posse, hoc volunt in eo plus iuris esse fructuario quam usuario qui nec commoditatem, quam habet recte vendit & quibus sunt servitutes reales. Ad horum differentiam & si eum his conferatur, recte alienat, ut commoditas transeat, & vita inspiciatur vendentis. Non autem si conferatur cum proprietario, eo scilicet modo quo domino proprietatem alienare licet. A. Fab. 65. *Err. Pragm* 1. Personæ cohæret ususfructus nec ab ea abscedere potest, aut ita transferri, ut alius sit futurus in persona secundi fructuarii, quam qui in primo alienante. Ita autem vendi potest ut fruatur emptor ex persona non sua, sed fructuarii, qui fruitur pretio ex venditione redacto, etsi emptor re non fruatur *d. L.* 12. §. 2. *L.* 38. & *seq h. t.* vid. & Gonez. 2. *Resol.* 15. *n.* 17. Valasc. *Consult.* 66. *n.* 25 & *seq.* Bron 1. *Ass.* 91. Io. del Castillo *de Usuf* C. 69. Arumæ. *ex. Instin.* 5. *Th.* 22. Sc. Gentil. *de Bon. matern.* C. 14.

8) In qua noli vel cum Cuiac. 8. *ad Afr. in L.* 9. *D. de fun. dot.* verbis *eadem possessio* loco motis restituere *eadem æstimatio*, vel cum A. Fabro 3. *Coniect. ult.* in fine rescripti pro *æstimatio* reponere *possessio*. Nam quando fundus æstimato traditus, perfecte is marito acquisitus, & is eum efficaciter obligare potest, non tantum quoad matrimonium & dos consistit; sed ut alius pleno iure dominus. Nec impedit conventio adiecta, quæ obligationem & actionem personalem solum producere potest, non ius reale.

9) Sed an finito usufructu locationi stare tenetur proprietarius? Negat recte Castillo *de Usuf.* C. 73. An teneatur proprietarium, locationem petentem, aliis præferri vid. *idem* C. 74.

10) *L.* 19. *fin. de usur.* vid. Forner. 1. *Select.* 21.

ædibus fructuariis vicinæ sint ædes ruinosæ, licet etiam fructuario cum vicino agere, ut caveat damni infecti. *L. qui bona*, §. *superficiarium*, *D. de damn. inf.* Eius actionis exitus hic est, ut si vicinus non cavebit, mittatur fructuarius in possessionem ædium vicinarum, ac tandem, si perseveretur non caveri, iubeatur etiam eas ædes possidere. *L. prætor*, *D. de damn. inf.* Quod eam vim habet, ut qui possidere iussus est, dominus ædium constituatur. *L. si finita*, §. *Iulianus*, §. *si ante*, *seq. D. de damn. inf.* Hoc ergo idem in proposito & fructuarius consequitur, & ita consequitur, ut dominus factus ædium, nec finito usufructu quidquam inde amittat. *d. L.* 7. in princ. *de usufr.* Sed cur non acquiruntur hic istæ ædes potius proprietario? Quia hic rei fructuariæ fructus est, inquimus, qui propterea ad fructuarium pertinere debeat. Propter rem enim hoc commodum, ut agere possit fructuarius damni infecti: huius actionis non aliud commodum & fructus, quam ut adversus non caventem ædes possideantur iure dominii. Utrumque igitur ut in commodo sic in fructu rei fructuariæ.

XXI. At videamus, ne hic potius debeat hoc commodum acquiri proprietario, exemplo insulæ in flumine natæ, & alluvionis. Quale enim hoc commodum est, de quo agitur? Quod acquiritur quidem per caussam & occasionem rei fructuariæ, atque etiam beneficio: sed neque ex corpore, neque usu aut traditione rei, verum extrinsecus, tantum, ut dixi, per rei occasionem. Simile ergo insulæ natæ in flumine & alluvioni. Quorum utrunque dum acquiritur domino fundi, cui accedit, beneficium item est fundi, & per occasionem fundi acquiritur similiter extrinsecus. § *præterea*, §. *insula*, *Instit. de rer. divis.* Atqui si insula iuxta fundum fructuarium in flumine nata sit; placet eam proprietati accedere, & quidem ita, ut ne ususfructus quidem ad fructuarium pertineat. Hoc in *L.* 9. §. *huic vicinus*, *D. de usufr.* Ibidem de alluvione scriptum est, etsi eius, quod accessit ususfructus ad fructuarium pertineat, ipsum tamen corpus, quod accessit, fundo cedere, & fieri proprietate eiusdem domini. Cur non ergo & in ædibus per occasionem rei fructuariæ possidere iussis idem dicamus? acquiri has videlicet proprietate quidem citra controversiam domino proprietatis, ut & superiora duo. Quod autem ad usumfructum attinet, ne hunc quidem ad fructuarium pertinere, quia ædes istæ non minus sint a re fructuaria separatæ, quam insula, quæ accessit. Quam tamen ob separationem placet eius insulæ usumfructum non pertinere ad fructuarium. *d. L.* 9. §. *huic vicinus*, *D. de usufr.* Aut si placet ista distingui, recte quæritur cur hæc tam varie, cum omnia beneficio rei accedant, quæranturque extrinsecus. Recte vero omnia propriis rationibus. Multum enim interest, quod per occasionem rei fructuariæ acquiritur, utrum vi & potestate rei acquiratur, an secus. Si vi & potestate rei, semper acquiritur proprietario. Quod enim ita quæsitum est, cedit ei rei, cui accessit, ut insula nata in flumine, ut alluvio. Huius autem rei dominus est, non fructuarius, sed proprietarius. Quare & accessionis dominum esse oportet, qui eius rei dominus est, cui facta est accessio. De usufructu earum rerum, cur placeret scilicet insulæ accedentis nec usumfructum ad fructuarium pertinere, alluvionis autem pertinere, supra respondi in rebus, quæ in usumfructum cadunt. Quod si quod acquiritur, acquiritur extrinsecus non vi & potestate rei aliam rem ad se trahentis, sed facto tantum interveniente fructuarii: id vero proprietario acquiri non potest, ut sunt ædes a fructuario possideri iussæ, de quibus agitur. Nullo enim iure illi acquirantur, quæ neque rei, quæ eius est, cedunt, neque facto eius acquiruntur, neque acquiruntur ab alio eius nomine. Ita fit plane, ut si cui acquiri possunt, soli acquirantur fructuario. Et vero solum hoc eius commodum esse oportet. Soli enim ei competebat ea actio, qua petiit ab adversario, ut sibi damni infecti caveretur. Proinde & eius actionis commodum.

CAP.

C A P. IX.

Fructus tum naturales, tum civiles fructuario non nisi perceptione eius ei acquiri: at hac perceptione ei acquiri. Tum quæ sit in utroque genere iusta perceptio.

Acquisitio in fructuario; sola fructuum perceptio. I.
Fieri debet a fructuario: secus a possessore bonæ fidei. Quæ utriusque differentia. Quid ex ea consequens. II.
Perceptos fructus pleno iure domini habet fructuarius. III.
Quotcunque a die cedente ususfructus, aut isto nondum finito, in fundo pendentes deprehendit; & si utroque tempore, minima parte, an ne steterit ususfructus. Contrariis occurritur IV. V.
Etiam si immaturos perceperit. VI.
De vario perceptionis modo. VII.
Civiles fructus aut iure ipso percipiuntur, aut facto. Quæ sint utriusque generis. VIII.
Mercedes & pensiones rei locatæ quo casu, & quatenus integræ debeantur fructuario pro illa etiam parte anni, qua desierat ususfructus. IX. X. XI.
Quid si merces aut pensio locatæ rei fructuariæ usui tantum respondeat. XII.

I. Atque hi sunt fructus tum naturales, tum civiles, quos fructuarii in re fructuaria esse dicimus. Nondum tamen hæc fructuarii. Qualescumque fructus erunt, certo modo fructuario acquiruntur, ac sine eo non fiunt eius. Acquirendi ratio, si fructus perceperit. Meminisse enim debemus non dicere nos fructus esse fructuarii, sed usumfructum, ac per usumfructum fructus. Ususfructus autem est ius utendi fruendi. Hoc autem ipsum frui totum est in facto, nec aliud significat, quam fructum ex re aliqua capere, ut supra dixi. *L.* 1. in princ. & §. 1. *D. quand. di. ususfr. leg. ced.* Sit ergo hoc ius, fructus non fieri fructuarii ante, quam ab eo [1] percipiantur. *L. qui scit*. §. 1. in fin. *D. de usur. L. si fructuarius*, in fin. *D. quib. mod. us. amit.* Unde evenire necesse est, ut si pendentibus adhuc fructibus, necdum perceptis finitus sit ususfructus; quanvis maxima parte eius anni is ususfructus steterit: nihil tamen ne præ eo quidem tempore aut habeat fructuarius, aut ad heredem suum transferat, qui ita transfert, si prius perceperit, *d. L. si fructuarius*, in pr. *quib. mod. us. amit.*

II. Nec satis est fructum esse perceptum, ut fiat fructuarii: ab ipso etiam percipi oportet. Placetque in hac re hoc distare fructuarium a bonæ fidei possessore, quod fructus fructuarii non fiant, nisi ipse eos perceperit; ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, simul atque a solo separati sunt, *d. L. qui scit*, §. 1. *de usur. d. L. si fructuarius*, in fin. *quib. mod. us. amit.* Differentia nata ex verbis iuris, quo de utriusque acquisitione cautum est. Nam in bonæ fidei possessore acquisitio fructuum tribuitur maxime eius culturæ. §. *si quis a non domino. Inst. de rer. divis.* In fructuario tribuitur fruenti: fruitur autem, qui ipse fructum percipit. Cui consequens est, quod traditur in *L. arboribus*. 12. §. *ult. D. de usufr.* ut si fur desecuerit fructus, furti quidem actio competat fructuario, quia interfuit fructus non esse ablatos: condictio autem furtiva soli proprietario; & quidem huic statim: non autem sit condictio in pendenti. Nempe ideo quia condictio furtiva soli domino competit. *L.* 1. *D. de cond. furt.* Cum autem fructus ab alio percepti non fiant fructuarii: necesse est in proposito proprietarii factos esse.

III. Sed ut si quid non percipit fructuarius, id ad eum non pertinet: ita si percepit, tantum ei acquiritur, non ut in percepto usumfructum tantum habeat, sed ut eius proprium fiat pleno iure, quod perceptum est, quo & de eo possit statuere pro arbitrio, ut de alia quavis re sua; *L. cum oportet*, §. *etsi quid*, *C. de bon. quæ lib.* & finito usufructu, aut retineat ipse, aut decedens ad heredem suum transmittat. *L.* 7. in princ. illic, *unde etiam. D. de usufr. L. si fructuarius*

[1] Non prius ei cedunt fructus quam si eorum a terra separatorum possessionem nactus. Non igitur aliter separatione quærit fructus, quam si ipse vel alius eius nomine desecuerit, *L.* 12. §. *ult. h. t.* Gœd. *ad L.* 30. *de V. S. n.* 5. & 6.

rius messem, *D. quib. mod. us. amitt.*

IV. Et ut sit fructuarii pleno iure, quod perceptum est: ita sit eius totum, quod ab eo perceptum est, ut nihil inde eum proprietario communicare debeat. Quod eo spectat, ut quanvis minima parte primi aut postremi anni steterit usufructus, tamen percepti ab eo fructus [a] in solidum fiant eius, etiam pro ea parte, qua ususfructus non cœperat, aut postea finitus est. Finge usumfructum a testatore relictum pendentibus fructibus & iam maturis. Placet fructuarium eos laturum, si legati die cedente adhuc pendentes deprehenderit, &, quod ante exigebamus, perceperit. *L. si pendentes*, 27. in princ. *D. de usufr.* Quippe pendentes fructus fuerunt fundi, atque adeo pars fundi. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vind.* fructuarius fructus ex re fructuaria percipiendo suos facit. *d. L. qui scit*, §. 1. *de usur.* Eodem modo plane, quo de fructibus fundi legati post acquisitum legati dominium perceptis responsum est, hos ad legatarium pertinere, licet maior pars anni ante diem fideicommissi eedentem prateriisse dicatur. *L. Herennius*, 1. *D. de usur.* Nec quisquam putet ideo hæc esse dissimilia, quia posterius hoc de legatario, eodemque domino fundi responsum est; fructuarius autem, de quo agimus, non est fundi dominus. Nam & fructuarius in fructibus percipiendis iure domini utitur, dum ipse fructus percipiat. *d. L. qui scit*, §. 1. *de usur.* Eadem cœpto usufructu anni postremi ratio est. Propone cum Calendis Iuliis cœpisset ususfructus: postea novissimo anno sublatis fructibus mense Octobri fructuarium decessisse. Nihil hic dividetur inter heredem fructuarii & dominum fundi: sed totius anni fructus ad heredem pertinebunt, quia sunt a fructuario percepti. Nam & si fructus a colonis, quibus fundus locatus erat, sublati essent, placet quasi a fructuario ipso essent percepti, sic pensionem anni integram heredem fructuarii percepturum. *L. defuncta*, 58. in pr. *D. de usufr.* Et in summa, ut si maxima parte anni stetisset ususfructus, & tamen nondum perceptis fructibus decessisset fructuarius, nihil relinqueret heredibus suis, nec proprietarius eum his quidquam decideret: ita non debet proprietarius petere se ad eorum divisionem admitti, si fructuarius eos perceperit, quia perceptione suos fecit.

V. Obstat his prima fronte exemplum mariti in fructibus rei dotalis. Nam & hi itidem ad maritum pertinent. *L. dotis*, 7. *D. de iur. dot.* Et quidem certiore iure, quam ad fructuarium in re fructuaria. Maritus enim dominus est dotis. *L. doce*, *C. de rei vind.* Non item fructuarius dominus rei fructuariæ. *L. recte*, *D. de verb. signific.* Et tamen si novissimo anno non impleto, solutum sit matrimonium; fructus eius anni dividuntur inter maritum & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium fuit, sive maritus fructus perceperit, sive non perceperit: ut si quidem percepit, debeat soluto matrimonio restituere fructus pro rata reliqui temporis; si non percepit, non aliter fundum dotalem restituere debeat, quam si uxor caverit, se perceptis fructibus restituturam fructus pro modo eius temporis, quo matrimonium stetit. *L. unica*, §. *cumque* in fin. *C. de rei ux. act.* *L. fructus*, 7. §. *e contrario*, §. *in servo*, §. *si fundum*, §. *interdum*, *D. sol. matr.* Sed dissimiles hæ caussæ sunt. Dissimilitudinem rei & iuris facit caussa acquisitionis fructuum, quæ alia atque alia est in utroque. In fructuario ut fructus fiant eius, caussa duplex, si fructuarius est, & si fructus percepit. Sic enim de eo ius est, fructuarium percipiendo fructus suos facere. *d. L. si fructuarius messem*, *D. quib. mod. usufr. amitt.* Fac eum eo anno, quo ususfructus finitus est, percepisse fructus. Etsi minima eius anni parte ususfructus steterit: tamen superiori consequens est,

[a]) Adde *L.* 8. *in fin. de ann. leg.* §. *is vero* 35. *I. de R. D.* Et ita omnes interpretes solo Cuiacio excepto teferente Hart. Pist. *L.* 1. *Q.* 24. *n.* 16. Svenn. *de Usuf. mar. pag.* 19. diversam merito esse caussam dotis, ubi dominium est mariti, & fructus oneribus matrimonii ferendis serviunt, & ususfructus qui in facto ac fruendi actu *L.* 1. *Quan. di. us. leg.* quo cessante totum ius fructuarii cessare necesse est. Unde & ex fruitione per constitutum tempus omissa, ususfructus extinguitur (vid. C. 17.) *&* Rob. 2. *Animad.* 10. *&* 2. *not.* 10. Hart. Pist. *d. Q.* 24. *n.* 17. *& seqq.* Io. del Castillo *Tr. de Usuf.* C. 77. ubi *n.* 18. & ipse discriminis rationem reddit, quod fructuarius non ratione aliquorum onerum, sed sui tituli fructus acquirat: nec igitur aliquid amplius requiri, quam uti titulus perseveret. Sed hanc sententiam impugnat Cuiac. 4. *Feud.* 30, iniquissimam eam & falsissimam vocans & 2. *not.* Merc. 10. & 24. *Obs.* 21. Contendit hic, tametsi nondum perceptos finito usufructu dominus acquirat, & contra perceptos omnes fructuarius: tamen pro rata primi vel postremi anni eos dividi debere, atque ad portionem restituendam obligatum esse vel dominum, si post aliquot annos, dum fructus pendent, finiatur ususfructus, vel fructuarium, si mox ut perceptis ususfructus interierit, per *L.* 26. *h. t.* *L.* 5. §. *ult.* *Si us. pet.* Sicuti & bonæ fides possessor fructus quandoque licet acquisiverit & suos fecerit, domino tamen vindicanti eum re restituere cogitur *L.* 22. *C. de R. V.* Et hanc divisionem admittit etsi consumpti sint fructus, ac sive ab alio decerpti, sive sua sponte deciderint. Ad *L.* 58. *h. t.* resp. Cuiacius in ea specie annum integrum durasse usumfructum. Idem *d. C.* 21. hoc confirmat per *L.* 32. §. *pen. de Us. leg.* *L.* 18. §. *ult de stip. ser.* Sed satisfit Cuiacio a Rob. *d. C.* 10. *Animadv. & not. C.* 10. H. Pist. *d. Q.* 24. *n.* 17. *& seqq.* Castillo, *d.* C. 77. *n.* 15. *& seqq.* Sane iure Saxonico quæcunque sata a fructuario heredes eius metuunt. Landr. *L.* 2. *Art.* 58. Schneidv. *ad* §. *is vero* 30. *I. de R. D. n.* 3. H. Pist. *d. L.* 1. *Q.* 25. *n.* 30.

est, fructus integros eum ferre debere, quia utraque caussa superior concurrit. Nam & fructuarius est, & verum est eum fructus percepisse. Idemque in contrarium valet, ut quanvis maxima parte anni steterit ususfructus, si tamen fructus non percepit, nulla ex parte fiant eius, aut ei restitui debeant, quia deest illi caussa iuris ad acquirendum: non enim percepit, nec fructus fiunt eius, nisi perceperit. *d. L. qui scit*, §. 1. *de usur. d. L. si fructuarius*, *D. quib. mo. us. amitt.* At in marito ut fructus fiant eius, hæc caussa est, non si perceperit; sed si onera matrimonii sustinuerit. Placet enim fructus dotis pro oneribus matrimonii ad eum pertinere. *L. pro oneribus. C. de iur. dot. d. L. dotis*, in princ. *D. eod.* Unde rursum necesse est evenire, ut pro modo temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis eius esse debeant, licet non perceperit, quia sustinuit tandiu onera matrimonii: pro reliquo autem tempore nihil ferre debeat, etiam si maxime prius perceperit fructus; quia soluto matrimonio reliqui temporis onera non sustinuerit.

VI. Manebit igitur fructuum acquisitionem constare fructuario perceptione. Ab eo non perceptos non fieri eius, quantacumque parte anni steterit ususfructus: perceptos statim fieri eius, etiam si minima parte anni ususfructus steterit. Quid tamen, si fructuarius perceperit fructus immaturos, puta silvam cæduam ceciderit intempestive, fœnum immaturum secuerit, oleam legerit immaturam? Etiamne hi perceptione fient eius? Quæstio in eo est, an immatura hæc sint in fructu. Nam de perceptione non dubitatur, quin tam his conveniat, quam maturis fructibus. Et placet hæc in fructu esse, eoque, & perceptione statim fructuarii fieri. Quippe ex usu hominis æstimandum, quid illi expediat, aut non expediat. Quod autem expedit, id illi esse in fructu. *L. si absente*, 48. §. *ult. D. de usufr. L. pen. D. de usufr. leg.*

VII. Quod eum ita sit, ut quidquid est in fructu, id fiat fructuarii, si perceperit, nec aliter, quam si perceperit: videndum est, quid sit percipere, & quando hic fructus intelligatur ab eo perceptus. Et aliter percipiuntur fructus naturales, aliter civiles, quos diximus, neque hi omnes uno modo, conditione fructuum ita exigente. Naturales fructus si ita continentur ea re, cuius sunt fructus, ut non possint aut soleant, nisi humana opera separari: tunc percipi intelliguntur, cum sunt ab ea re separati: ac separati statim percepti intelliguntur, etiam si nondum sint collecti, aut reconditi in horrea, puta, spica aut fœno cæso, uva exempta, excussa olea, & in animalibus pilo exsecto, detonsa lana, lacte mulso. *L. si fructuarius*, *D. quib. mod. usufr. amitt. L. si eius*, in fin. *D. de rei vindic. L. in pecudum*, *D. de usur.* Quæ si a fructuario facta erunt, tum vere dixerimus fructum ab eo perceptum esse, eoque & factum esse eius. Quod si per se ista deciderint, placet, ut ea a fructuario percepta non sint, sic nec ad fructuarium, sed ad proprietarium pertinere. *d. L. si fructuarius*, *D. quib. mod. usufr. amitt.* Quod si naturales fructus ita sint, ut sponte naturæ edantur, separenturque a corpore, quo continebantur, ut sunt fœtus animalium: in his eadem definitione uti non possumus: frustra enim exspectetur, ut separentur a fructuario, qui invita natura separari non possunt: ea iubente satis separantur sine cuiusquam facto. Tunc ergo percepti intelliguntur, cum sunt editi, fiuntque ex eo statim fructuarii. *d. L. in pecudum*, *D. de usur.* Tantummodo ut sint, editi, cum pecora essent in possessione fructuarii: ac tunc videntur esse in eius possessione, cum ab eo tenentur, aut sunt sub eius custodia. *L.* 3. §. *Nerva*, *D. de acq. poss.*

VIII. Civiles fructus partim ipso iure percipiuntur & acquiruntur fructuario; partim facto fructuarii. Quæ operis servorum fructuariorum acquiruntur, non indigent alia perceptione fructuarii. Quæsita hoc ipso statim iure ipso acquiruntur fructuario, ut acquiruntur dominis, quæ quæsita sunt per servos proprios. §. *de his*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* In eadem caussa est, & quod donatur servo fructuario contemplatione fructuarii: *L. sed etsi*, 22. *D. de usufr.* Cætera commoda, quæ sunt ex traditione rei fructuariæ, aut possessione ædium ruinosarum ex caussa damni infecti, tunc percipiuntur, cum ea facta sunt ex quibus illa commoda sequi supra diximus. Ut, re fructuaria fruenda vendita, aut locata a fructuario, statim illi quæsita est actio, proinde contractu percepta: unde illi pretium & mercedem sequi necesse est. Quod ipsum & in cæteris factis huius generis intelligendum est. Sed pretium ususfructus venditi totum fructuarii est, etiam si ne uno quidem anno toto ususfructus steterit. *L. non utitur*, 38. in fin. *D. de usufr.*

IX. Quæsitum est de pensionibus & mercedibus rei fructuariæ locatæ, an si forte steterit ususfructus aliqua tantum par-

parte anni, quo res locata est, nihilominus eius anni totius pensio & merces debeat esse fructuarii, ut accidit in pretio ususfructus venditi: an vero debeat pro rata temporis dividi inter fructuarium & proprietarium, quasi non semel percepta, sed quatenus stetit locatio. Quæstio ideo dubia, quia de ea varie responsum videtur in *L. si operas*, 26. & in *L. defuncta*, 58. & *L. arbores*, *seq.* §. 1. *D. de usufr.* Sed recte his locis omnia pro varietate rei locatæ, & fructuum inde a conductore perceptorum. De quo sic habendum est: pensiones & mercedes rei fructuariæ locatæ ad fructuarium ita pertinere, si & locavit ipse, & conductor fructum percepit ex re locata, aut percipere potuit, si vellet, iure eius locationis, ut sic mercedem eatenus deberet.

X. Primum est, ut ipse locaverit. Nam si dominus locavit prius, deinde fructuarius incidit in eam locationem, & eosdem colonos vel inquilinos, aliosve conductores: mercedes debebuntur domino, non fructuario, nisi nominatim comprehensum sit in ususfructu constituendo, ut mercedes ad fructuarium pertinerent. *d. L. arbores*. 59. §. 1. *de usufr.* Quippe ex locatione quæsita est actio soli domino, qui contraxit: non fructuario, qui non contraxit. Nec vero sine actione mercedem percipere potest fructuarius: neque porro fructus aliter fit eius, quam si perceperit. Sed hic illi cavetur in *d. L. arbores*. §. 1. ut quod in hac locatione recta consequi non potest, id obliqua via possit consequi: *Ad exemplum venditionis*, inquit Paulus, *nisi pensiones fuerint nominatim exceptæ, potest usufructuarius conductorem repellere*. Sensus est: quemadmodum si dominus locasset fundum aut ædes, deinde vendidisset, potest emptor eiicere conductorem, & ita ne eiiciat, consequi, si velit, ut sibi potius mercedes præstentur, nisi quid aliud exceptum sit. *L. emptorem*. *C. de locat.* ita & in proposito, si dominus locaverit rem fructuariam ante usumfructum constitutum; poterit fructuarius eodem exemplo repellere conductorem, cuius rei metu itidem consequetur, ut aut conductor eogatur excedere, aut ei potius volente domino pensiones solvere, nisi nominatim exceptum sit de pensionibus, ut hæ manente locatione solverentur proprietario, eidemque locatori.

XI. Cum fructuarius locaverit, alterum ad perceptionem mercedum exigimus, ut conductor fructum perceperit, aut percipere potuerit iure eius locationis, si vellet. Atque hactenus merces acquiritur fructuario, non longius. Si percepit conductor, nulla dubitatio. Si non percepit, & per eum stetit, quominus perciperet, perinde haberi debet, quasi percepisset, ne culpa & factum eius noceat fructuario, & actionem locati ab initio ei quæsitam, invito illi adimat, quod ius vetat. *L. factum*, *D. de reg. iur. L. ult. D. de pact.* Hinc distinctio superioribus illis locis, quos ante indicavi, tradita, quam subiicio. Interest igitur plurimum, utrum fundus locatus sit, cuius fructus naturales semel & uno tempore colligi possint: an locatæ res aliæ, quarum fructus sit in usu ipso, seu in ea commoditate, quæ ex usu quotidiano earum rerum percipitur, ut ædes, quarum fructus est, ut inhabitentur; ut servi, quorum fructus est in operis. In fundo si colonus percepit fructus, exinde totius anni merces debebitur fructuario, etiamsi ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam merces ex locatione pendi debebat. Est hoc responsum Scævolæ in *d. L. defuncta*. 58. in princ. *de usufr.* Ratio manifesta: nam si fructuarius ipse percepisset, facti essent eius. Nunc autem videtur percepisse, eum conductor percepit. Sed & illud spectandum est, pro qua re colonus debeat mercedem. Debet vero pro fructibus fundi perceptis. Horum enim percipiendorum caussa conducitur fundus. Quare si integros percepit: etiam solidam mercedem debebit ei, a quo caussam habuit percipiendi. Habuit autem a fructuario, qui locavit, & qui nisi locasset, percepisset ipse, & suos fecisset. Quapropter & huic perceptis a colono fructibus integra pensio debebitur; & si nondum finito tempore locationis decesserit, integram ad heredem transmittet.

XII. In cæteris rebus locatis, quarum fructus versatur in earum usu, si nondum impleto tempore locationis ususfructus interierit: non debet maiore ex parte pensio ad fructuarium heredemve eius pertinere, quam pro 3) eo tempore, quo ususfructus mansit: quod superest, ad proprietarium pertinebit, ut responsum est, operis servi locatis in *d. L. si operas*, 26. *de usufr.* Merito: debetur enim in his rebus pensio fructuario pro usu earum rerum. Quo fit, ut non possit deberi longius, quam is usus præcesserit. Non diutius autem conductor usus est re fructuaria,

3) Paulo aliter Rob. *d. C.* 10. lo. del Castillo *d. C.* 77. n. 20. *& seq.*

ria, aut per eonductorem fructuarius, quam usufructus ftetit. Et vero absurdum eft fructuarium plus eonfequi per eonductorem, quam si ipse re fructuaria usus esset. Nam ut ei locanti tribuamus plurimum: nihil tamen consequatur amplius, quam ut per eonductorem frui intelligatur. *L. arboribus*, 12. *§. usufructuarius*, *D. de usufr.*

C A P. X.

Fructuario ius non effe, neque rei fructuariæ alienandæ, quod eft proprietatis, neque confumendæ, neque adeo mutandæ aut transformandæ. Et quæ fit ista mutatio, transformatiove, quæ hic fructuario denegetur.

Iura proprietatis, & de re ftatuendi fructuario interdicta: & quare. Quæ fint einfmodi. I.
Ideoque nec transformare, nec innovare rem fructuariam licet fructuario; etiam ut meliorem faciat. Duplex Vlpiani locus in L. 13. §. fructuarius, & §. inde *in fin.* D. de usufr. *illuftratur.* II.
Sed nec inducere quod rei qualitatem mutet: Conciliatio L. usufructuarius 44. D. de usufr. *cum* L. si eiuus 13. §. sed si ædium D. eod. III.
Item nec inchoatum ædificium confummare. Exponitur L. usufructuarius 61. D. de usufr. & *Neratius* ibidem *defenditur* IV. V.
Superioris definitionis exceptio. Exceptionis ratio, & exempla. Confecutioni a contrario deductæ occurritur. VI. VII.

I. Atque hæc fructuarii eommoda funt in re fructuaria; hic usus & fructus: hæc fructuum perceptio & acquisitio. Commoda ut fructuarii omnia, ita, ut propofui, fola. Quid ergo poft hæc deeft fructuario, quin habeat in re fructuaria? Duo: proprietas, tum ius in eorpore & fubftantia rei. Quæ duo definitione ufusfructus eomprehenfa funt, cum dieitur ius fruendi alienis rebus, & fruendi falva rerum fubftantia. Proprietas ergo alterius eft, nempe eius, euius & ante ufumfructum fuerat, aut fueceflorum eius. Non eft fructuarii, qui nulla ex parte eft dominus. *L. recte*, *D. de verb. sign.* Hoe eam vim habet, ut extra ufum & fruitionem rei de re ftatuere non poffit, feiamufque omnia quæ huius poteftatis funt de re ftatuendi, fructuario effe interdicta, cuius generis hæe funt rei fructuariæ alienatio, manelpiorum manumiffio, proprietatis oppigneratio: omnia eiufmodi, ut si facta fuerint, ipfo iure non valeant. *L. usufructu*, 9. *L. intereft*, 6. *L. habitatio*, *C. de usufr.* Nam & dominum effe oportet, qui velit dominium transferre; *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom.* & fervum in poteftate dominiove fuo habere, qui velit eum poteftate ea & dominio liberare, quod folius domini eft: *L.* 4. *C. de his qui a non dom. manum. funt*. Et rem habere in bonis, qui velit eam pignore obligare. *L. quæ prædium*, *C. si alien. res pign. dat. fit*, *L. & quæ nondum*, *§.* 1. *D. de pign.*

II. Ex eadem ufusfructus definitione falvam femper rei fubftantiam manere oportet; ut intelligamus in eam fructuario nihil iuris effe. His verbis fupra diximus duo hæc contineri: ne fructuarius eonfumat; neve mutet aut transformet. Meminerimus femper nos de vero ufufructu loqui, non de ufufructu earum rerum quæ ufu eonfumuntur. De eonfumptione ius eertum, hanc fructuario minime eoncedi, de qua fatis dixi in definitione. Mutatio & transformatio paulo longiorem tractatum defiderat, quem hie oportune fubiiciemus. Ergo fructuarius tueri ea, quæ invenit, poteft: [1] mutare & nova facere non poteft. *L. usufructuarius*, 44. *L. si cuius*, 13. *§. fed si ædium*, verf. *fed neque D. de usufr.* Quid, si melius repofiturus fit, & exeolendo meliorem domini eauffam facturus? finge eum ædes ampliare, viridariis & deambulationibus voluptariis fublatis, hortos olitorios facere, aut aliud quid, quod reditum augeat. Placet ne [2] fie quidem eum rem mutare poffe, Hoe Ulpianus in *L.* 7. in fin. *L.* 8. *L. si cu-*

1) Fufe hac de re & quid fructuario ac quatenus hic liceat, tractat Io. del Caftillo *de Usuf. C.* 33.

2) Vid Caftillo *d. Tr. C.* 25. *n.* 10. *& feqq.* Sic & contra nec proprietarius poteft rem vel in melius mutare, vid. *L. ult. de Usu & hab.* ubi fcite Gothofredus: quod contra alicuius voluntatem fit, id utcunque aliis melius fit, illi tamen melius non effe. Et fæpe quæ contemptiora & viliora habentur pretiofiora, vid. Forner. 2. *Select.* 8.

L. si cuius, 13. §. *fructuarius*, *D. de usufr.* Quod tamen idem veluti secum pugnans bis mutare videtur in *d. L. si cuius*, nam in §. *fructuarius*, ita definit: *fructuarius caussam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere potest*. Et mox in §. *inde*, *seq.* in fin. *forsitan*, inquit, *etiam hæc deiicere poterit: si quidem ei permittitur meliorare proprietatem*. Et sunt hæ quidem definitiones; sed quas ad explicandum proponat: & deinceps ita interpretatur, ut doceat utrumque se ita intelligere, si quidem id ipsum maneat, quod invenit, dum id melius & auctius facit: diversum esse, si qui mutet aut transformet, quantunvis, quod reponit, melius aut fructuosius futurum sit. Id in his quæ sequuntur, plusquam certo declarat, partim distinctione atque exemplo rerum infructuosarum; partim etiam definitione de toto genere aperte scripta. Distinctio sequitur huiusmodi in *d.* §. fructuarius. *Et si fundi*, inquit, *est ususfructus legatus, non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, neque quidquam facere in perniciem proprietatis*. Hæc de eo, qui caussam proprietatis facit deteriorem. Quid, si faciat meliorem? Et docet exemplo ne id quidem licere, si rem deiiciat, quanvis reponat, quod sit melius. *Et si forte*, inquit, *voluptarium sit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes* 3 *arboribus infructuosis opacas vel amænas habens, non debebit deiicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectet*. Atqui in his omnibus fructuosum fundum facit, qui prius hactenus erat non tantum sine fructu, sed etiam sumptuosus domino. Sed prius deiicit illa superiora, quæ invenit. Negat ergo hæc illi licere facere, quanvis fundum ad istum modum excolendo meliorem faciat. Atque ita quod prius generaliter posuerat, interpretatur. Sed omnem dubitationem eximit definitio, quam subiicit in ead. *L. si cuius*, §. *sed si ædium*, versic. *Sed neque*. Post alia enim multa, quibus dixerat non licere fructuario in ædibus quid mutare aut convertere, etiam si faciat cum fructu; ita definit: *excolere enim, quod invenit, potest, qualitate ædium non mutata*. Nimirum hoc est: excolere rem, & excolendo meliorem facere potest; sed dum servet, quod invenit, non etiam immutet. Quod fiet reficiendo ædes, ferendo arbores, subserendo vites, agrum bene colendo, & fructum uberiorem faciendo. Aliter non licet. Et ne dubitemus ita ius esse, atque hanc ita esse sententiam Ulpiani, res aperte definita est a Neratio, cuius exstat definitio in *L. usufructuarius*, 44. *D. de usufr.* fere his verbis: fructuarium tueri posse, quod accepit, non novum facere; tametsi excolendo ædificium meliorem domini caussam facturus esset.

Tom. III.

III. Non solum autem non licet ita rem mutare, ut vetere sublata, aut suo loco motam, novam in eius locum substituas: sed nec priore substantia, quæ inventa est, manente, licet inducere, quod cohærens rei qualitatem immutet, ex superiore Ulpiani definitione. *d. L. si cuius*, §. *sed si ædium*. Ex quo est illud Neratii ex *d. L. usufructuarius*, 44. usumfructuarium novum 4 tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non posse, tametsi melioris domini caussam facturus esset. Hæret enim tectorium, & impositum qualitatem parietis mutat. Cui non adversatur, quod traditur 5 in *d. L. si cuius*, 13. §. *sed si ædium*, in princip. ædium usufructu legato, posse fructuarium & colores immittere, & picturas, & marmora, & sigilla, & si quid facit ad domus ornatum. Hæc enim omnia aut non cohærent, aut non ita, quin sine damno & intertrimento parietis facile eximi possint. Non sic tectoria aut incrustationes, quæ sic agglutinata sunt parietibus, ut non possint plane eximi, aut non ita, quin ex farturis & coagmentationibus parietum aliquid secum trahant. De tectoriis & incrustationibus legere est apud Budæum in *annot. ad Pand.*

IV. Eiusdem rationis est, quod idem Neratius scribit, fructuarium inchoatum ædificium consummare non posse. Cuius de hac re exstat subobscurum responsum in *L. usufructuarius* 61. §. 1. *D. de usufr.* in hæc verba: *Ædificium inchoatum fructuarium* 6 *consummare non posse placet, etiam si eo loco aliter uti non possit.*

Sed

3) Deambulationes in *d. L.* 13. §. 4. significant locum amœnum, deambulationi destinatum. Ut apud Cic. 2. *de Orat.* Hot. 3. *Obs.* 23.

4) Tectoria quæ sint exponit Zoan. *Restit. ad Dig.* C. 24. Sed nec rivum imponere potest, *L.* 61. *h. t.* id est canalem, qui egerendæ aquæ pluviæ e tecto manantis parietibus imponi solet. Non autem eo sensu ibi rivus, quo in Interdicto de Rivis. Nec est quod Cuiacius 1. *Obs.* 36. expuncta voce *rivum* reponat in *d. L.* 61. *tectorium*, recte notatus ab Hot. 2. *Amic.* 36. & Ræv. 2. *Coniect.* 22.

5) Nec distinguit an ædes pictas acceperit, ut contra Cuiacium *in recitat. ad L.* 10. *de serv.* Castillo *d.* C. 33. *n.* 8.

6) DD. vulgo rationem reddunt, quia mutaretur forma & substantia rei, vid. Castillo *d.* C 33. *n.* 13. *& seqq.* Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 52. *& seqq.* nec (ut noster & probabilius) videntur accipere *d. L.* 61. de alio quam cui nominatim illius ædificii ususfructus relictus. Male. Sic enim actus legantis vel constituentis plane erit frustraneus. Coras.

Sed nec eius quidem usumfructum esse: nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adiectum sit, ut utrumque ei liceat. Hic prima responsi obscuritas ex specie facti, in qua Neratius secum pugnantia scribere videtur. Ait enim eius ædificii inchoati usumfructum non esse: & tamen eum, quem negat consummare posse, fructuarium appellat. Non est autem fructuarius, nisi is cui vere usufructus rei constitutus est. Quod si abusive eum fructuarium vocaret, qui videretur, & non esset: non debuisset dicere, fructuarium hoc consummare non posse: sed contra eum, qui apud eum proponebatur, non posse id consummare, quia fructuarius non esset. Tum autem magis incertum esset, in qua specie vellet id responderi. Nam de eo, qui fructuarius non sit, respondere hunc in re aliqua nihil facere posse ususfructus iure plusquam nugatorium est. Res sic habet. Is qui proponitur, fructuarius est vere, ut eum vocat Neratius: sed non est in ædificio isto inchoato, cuius negat usumfructum esse. Et tamen ex alterius rei usufructu relicto iuste dubitatur, an iure istius ususfructus prioris possit hoc ædificium inchoatum consummare, & an sit eius ususfructus. Id autem contingit in hac specie, quam ad id responsum accommodari oportet. Testator legavit Titio prædii, vel fundi, vel loci Corneliani usumfructum. In eo seu fundo, seu loco erat ædificium quoddam inchoatum. Cum eo loco, in quo id ædificium cœptum erat, uti non posset fructuarius, nisi aut deponeret, quod iam ædificatum erat, aut quod cœptum erat, consummaret: primum quæri potuit, an posset deponere, ut sic postea loco purgato commode uti posset. Et constat eum non posse. Sic enim deteriorem caussam proprietatis faceret, quod ei citra controversiam non licet. *d. L. si cuius*, 13. *§. fructuarius*, *D. de usufruc.* Quod cum certum esset, ideo omisit Neratius. Itaque proxime quæritur, an possit saltem consummare, ut perfecto ædificio iam uti possit ædibus. Movet, quod isto modo rem meliorem facturus est, quod ei licere debere videbatur. Respondet Neratius nec consummare eum posse. Quod plane ex superiore definitione Ulpiani, & sua respondet. Non enim licet fructuario immutare qualitatem rei: licet ei tueri, quod accepit, non novum facere, etiam si meliorem caussam domini facturus sit. *d. L.* 13. *§. sed si ædium*, *d. L.* 44. *de usufr.* Eveniet autem in proposito, ut rem mutet, & novam faciat, si inchoatum ædificium perficit. Sic enim fient ædes, quæ prius non erant: & eæ ædes, quæ si alius ædificasset, fortasse eædem futuræ non essent. Idque ita est, inquit Neratius, etsi eo loco aliter uti fructuarius non possit; ut pote loco aliter plane inutili.

V. Hic iam altera difficultas in ipso responso dictæ *L.* 44. Constat enim fructuario, & omni, cui servitus debetur, ea licere, sine quibus uti servitute non potest. *L.* 1. *§* 1. *D. si ususfruc. pet. L. servitutes*, *§. si domo*, *D. de servit. urban. præd.* Et si de mutatione rei in usufructu quæritur. Certum est etiam hic rem mutare & transformare licere, dum fiat fruendi caussa: de quo paulo post. Probat *L. si cuius.* 13. *§. inde D. de usufruc.* Huic obiectioni, opinor, occurrens Neratius subiicit, sed nec eius quidem usumfructum esse. Quasi diceret non obstare, quod fruendi caussa liceret rem mutare. Id enim liceret in ea re, cuius ususfructus esset constitutus: in proposito autem ædificii istius inchoati nec usumfructum esse. At rursum hæc ipsa sententia in specie proposita incidit in reprehensionem. Cum enim proponamus fundi vel loci alicuius usumfructum relictum esse, huius autem fundi partem esse ædificium inchoatum, utpote quod solo impositum cedat solo. *§. cum in suo. Institut. de rer. divis.* Quid restat, nisi ut huius quoque partis usumfructum constitutum intelligamus? Diximus enim supra rei alicuius usufructu constituto, etiam earum rerum usumfructum contineri, quæ rei cohærentes eius partem faciunt; puta quæ alluvione accesserunt. *L. item si.* 9. *§. huic vicinus*, *D. de usufruc.* Sed & hoc recte Neratius. Quod enim dicitur etiam partium & acccessionum fundi usumfructum esse, sic intelligendum est, si mo-

do &

Consf. 1. *Misc.* 6. accipit *d. L.* 61. de ædificio voluptatis aut alia caussa cœpto. Et si fructus fundi percipi ac colligi possint, etsi eo loco, hoc scilicet ædificio, ad usum cui destinatum, uti nequeat, consummare non posse Quod si uti frui nequeat, nisi absolvatur, perficere posse *L.* 7. *§. ult. h. t.* & ita quoque fere Charond. 1. *Verisim.* 5. & 21. Castillo *d. C.* 33. *n.* 19. & *seq.* novam adfert rationem, *d. L.* 61. quæ speciem subtilitatis habet, sed nervo caret. Legatum illic ususfructus ædium cœptarum habere tacitam conditionem si consummatæ fuerint, ut interim dilationem habeat ususfructus. Quia vero dilatio in favorem heredis adiecta, censetur non posse suo facto legatarium dilationem impedire, & minuere. Multa hic peccata. (1) Nulla coniectura voluntatis interpretationem hanc exigit. Quin res legatæ potius, quales sunt & reperiuntur, tales præstandæ. (2) Inter casus, quibus sine verbis conditio intelligatur, vid. *L.* 8. *C.* 31. *n.* 13. hic non est, nec illis similis. (3) Conditio si sic pendebit ex facto heredis, locus regulæ *L.* 24. *de cond. & dem.* de qua *Lib.* 8. *C.* 34. *n.* 2. (4) Sic ex voluntate heredis pendebit vis legati, ac si nunquam is, superstite legatario, perficiet ædificium, legatum inane erit &c.

do & earum partium aliquis ufusfrnctus effe poffit. At in propofito cum fundi aut loci alicuius ufusfructus legatus eft, non poteft intelligi ullus ufusfructus ædificii iftius inchoati. Aut enim volumus ufumfrnctum datum effe ipfius loci & fundi, in quo eft ædificium, aut ipfius fuperficiei. Non poteft eius loci, in quo ædificium eft, ufusfructus intelligi; cum is locus impediatur ædificio inchoato, & id ædificium fructuario deponere non liceat. Non poteft ufusfructus effe fuperficiei. Nam inchoatæ iftius fuperficiei nullus eft ufus, nifi exftructis ædibus quas liceat inhabitare. Non prius autem funt ædes, aut etiam nulla pars ædium, quam fuerint confummatæ. *L. si is qui quadringenta*, 80. *§. ult. D. ad leg. Falcid.* Neque porro ædificium id inchoatum liceet fructuario confummare fruendi cauffa, priufquam eius cœperit effe ufusfructus. Quare huius ædificii inchoati nec in præfentia, nec poteftate, eius confummandi ufusfructus ullus eft. Quod veteribus placuiffe in propofita fpecie Neratius fcribit. Summa autem hæc eft, ut nec confummatione ædificii eius, quod in fundo fructuario inchoatum fit, liceat fructuario eius ædificii qualitatem mutare, & pro inchoato ædificio ædes perfectas dare.

VI. Quod tamen dicitur, fructuarium non poffe rem mutare, non transformare; fic accipiendum erit, fi quid inftituat novi, non quo re vetere, cuius ufusfructus conftitutus erat, commodius utatur fruatur: fed ut fruatur nova, cuius ufusfructus conftitutus non eft. Veluti, fi fundi ufufructu legato, in quo vites non erant, arvo fubverfo vites inftituat; aut vitibus, quæ in fundo erant, evulfis, inftituat filvam cæduam, ut & illic vitibus, & hic filva cædua frui poffit, cum neutrius rei fructus ab initio effet conftitutus. Diverfum eft, fi quod fit, inftituatur rei cuius ufusfructus conftitutus eft, tuendæ, aut ad ufum educendæ cauffa, quo magis ea integra & libera frui liceat. Omnino enim ita definiendum eft, quidquid eft, fine quo fructuarius uti non poffit, id eft, fine quo non poffit quod in fructu eft, percipere, id illi facere ad fructum capiendum effe permittendum: quod & fupra monuimus. *L. 1. §. 1. D. si ufusfruc. pet.* Idemque in omni alia fervitute receptum eft. Alioqui nec fervitus illi conceditur. *L. si iter, D. de ferv. L. fervitutes, §. si domo, D. de fervit. urban. præd.* Ex hoc genere illa conceffa fructuario: reficere ædes; agrum colere; lapidicinas & fodinas, quæ funt in fundo fructuario, exercere; has ipfas novas in fundo inftituere; ædificium interdum in fundo, aut area ponere. Reficere fæpe non licet nifi re tota mutata: ut fi quis reficiat parietem vitiofum, neceffe habet deiicere, & novum facere. Reficere tamen poteft fructuarius, & debet: quia facit re vetere, cuius ufusfructus conftitutus eft, fruendi cauffa. *L. 7. §. ult. D. de ufufr.* Colere agrum, puta, arare, fubferere vites, putare arbores non licet, nifi aut illic terra inverfa, aut hic priore fubftantia depofita & qualitate mutata. Licent tamen fructuario hæc omnia, quia ad fundi fructuarii ufum pertinent. dicta *L. 7.* in fi. *L. si cuius. 13. §. de præteritis*, in fin. *D. de ufufr.* Poteft fructuarius lapidicinas & fodinas omnis generis, quæ fint in fundo, ad fuum emolumentum exercere. *L. item fi. 9. §. 2. L. fi cuius. 13. §. inde, D. eod.* Et tamen quantum ex his venit, tantum detrahit de fubftantia interiore fundi. Sed facit ut fruatur fodinis, non novis, & a fe inductis: fed his, quæ ab initio erant in fundo, & quarum ufusfructus una cum totius fundi ufufructu relictus erat. Hinc illa in his mutandæ & demendæ fubftantiæ rei facultas. Hoc amplius placet eum etiam novas lapidicinas & fodinas in fundo inftituere poffe, & ut ad eas perveniat, poffe non folum partem agri non neceffariam occupare; fed & utiles, fi fit opus, deiicere, puta deiicere vineas, arbufta, vel oliveta, quæ fuerunt, fi in eo quod inftituit, plus fit reditus, quam in vineis, & reliquis quæ deiicit. *d. L. fi cuius. 13. §. inde D. de ufufr.*

VII. Sed fi fodinis præfentibus, quæ latent, fruendi cauffa, licet has inftituere; cur non licet fructuario, ut ad eas perveniat, deiicere partes agri etiam fodinis ipfis utiliores: cum poffit dici ideo illum id facere, ut fodinis fruatur? Eo fit, quia qui utiliora deiicit, quibus ante fruebatur, apparet eum non deiicere fruendi, id eft, fructus percipiendi cauffa, fed nocendi. Nam fi fructum quæreret, haberet eum uberiorem iam paratum in his quæ deiicit. Et vero non eft fructus, ex quo plus eft incommodi, quam commodi: cum lucrum intelligatur omni damno deducto. *L. Mucius, D. pro foc.* Fructus autem fit lucrum. Unde definitur fructus, ut fit, qui deducta impenfa fupereft. *L. fructus, 7. D. fol. matrim.* Sed etfi utroque modo diceretur fructuarius frui, five retineret vetera utiliora, five fodinas minus uti-

utiles exerceret: tamen cum utiliora deiiciendo id faciat in perniciem proprietatis; semper probandum est illud Celsi, *malitiis hominum non esse indulgendum, nec cuiquam concedendum, alteri ut noceat nullo suo lucro*, L. in fundo, *D. de rei vindic. L. si cui simpliciter, D. de servit.* Postremo ædificium quoque in loco fructuario ponere nonnunquam fructuarius potest: ita scilicet, si erit 7 ad fruendum re fructuaria necessarium; puta in fundo, si erit necessarium ad fructum percipiendum. *L. si cuius*, 13. *§. si tamen*, in fin. *de usufruc.* In area, cuius ususfructus legatus sit, casam ædificare custodiæ caussa earum rerum, quæ in area sunt. *L. penult. D. eod.* Et hactenus commoda fructuarii in re fructuaria.

7) Ita & Pinel. *ad L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n. 54.* speciale hoc esse favore fructuum, qui & alias magnus, reprehendens eos, qui facilius permitti volunt exstructionem *d. L. pen.* quam consummationem *n. 61.*

C A P. XI.

Remedia fructuario prodita iuris sui tuendi gratia.

Transitio; & ratio ordinis. I.
Remedia impedimentis ususfructus opposita sunt & ipsa fructuarii commoda: & qualia. II.
Impedimenta aut præsentia, aut futura. Præsens impedimentum duplex, & quale utrumque. III.
Fructuarius rem vindicat a possidente, actione confessoria; & ab illo deiectus interdicto unde vi occupatæ rei, & fructuum restitutionem consequitur. IV.
Impedientis fructuarium in libero usu rei, quam possidet, distinctio habenda proprietarii, ab extraneo. V.
A proprietario, tanquam proprietario quæcunque fructuario obiiciantur impedimenta legibus improbata pro infectis habenda; quæ hinc consectaria. VI. VII. VIII.
Ab extraneo quæ obiiciuntur; ea sunt aut manu *aut* opere. IX.
Manu *aut in re aut extra rem. Utriusque exempla; & quod adversus ista proditum fructuario remedium. Conciliatur* L. 1. §. item, Iuliano D. de remis. *cum* L. 1. *princ.* & L. 5. §. utrum *in fin.* D. si ususfr. pet. X.
Opere. *Quale istud impedimentum, & contra illud quatenus cautum fructuario.* XI.
Futura impedimenta, aut ab opere cœpto veniunt necdum perfecto, aut a vicinis ædibus ruinosis. XII.
Priori opposita nuntiatio novi operis, & hæc cur non suo, sed procuratorio nomine tributa fructuario. XIII. XIV.
Posteriori actio damni infecti, & quare ista suo ipsius nomine competat fructuario. XV.

I. Commodis fructuarii cognitis sequebantur onera, ut proposuimus, si modo hæc utraque nuda proponi satis esset. Sed frustra est nosse esse commoda aliqua fructuario, nisi licet ei constituta & cognita tueri. Quare his commodis adiunctus est ille alter locus, ut quæratur, quomodo ista conserventur. Locus secundus in omni quæstione de iure nostro, ut ante attigimus. Primum est enim, ut aliquid nobis acquiratur, quo fiat nostrum. Secundum, ut quantum sit in iure quæsito, tum hoc ipsum, quod in eo est, quomodo conservetur, cognoscamus. *L. ult. D. de leg.*

II. Conservantur commoda fructuarii, ut cætera iura, remediis idoneis adversus impedimenta ususfructus iure constitutis, quæ remedia, ut aliquoties iam diximus, & ipsa sunt pars iuris nostri: ut merito inter iura & commoda fructuarii hunc locum occupent. Illa enim commoda superiora prima sunt & principalia, & si quis sponte ius suum cuique tribuat, sola. Sed quoniam non semper tribuitur suum cuique, additur ratio eorum tuendorum. Quæ pars est inferior, & velut sequela superiorum.

III. Remedia ita sunt, ut impedimenta, quæ fruenti obiiciuntur. Impedimentum genere duplex. Aut enim præsens est, aut ex caussa præsente metuitur futurum. Præsens aut in eo est, quod alius rem fructuariam possidet; aut in eo, quod possidenti fructuario obiicitur aliquid, quominus re fructuaria libere utatur.

IV. Alio possidente, aget fructuarius cum possessore usumfructum vindicans, ut

ut sibi res restituatur fruendi caussa. In eam rem comparata actio confessoria de usufructu. *L. uti*, §. 1. & §. *ult. D. si ususfr. pet.* de qua actione postea in commune. Quod si cum prius possessionem rei nactus cœpisset uti frui; postea vi deiectus sit de fundo aut ædibus, aut cum inde exiisset non deferendi ususfructus caussa, rediens non sit admissus: utetur hoc amplius, si volet, interdicto unde vi, nominatim illi in eam rem comparato, eum generale ad eum, utpote vere non possidentem, non pertineret, quo interdicto consequetur, ut sine exceptione res sibi restituatur. *L.* 3. §. *unde vi, D. unde vi.* Simul & de restitutione omnium rerum occupatarum utiliter aget. Et si medio tempore aliquo casu interierit ususfructus, æque de perceptis antea fructibus utilis actio tribuitur. *L. cuiuscumque* 60. *D. de usufr.*

V. Possidens fructuarius prohibetur uti frui aut a proprietario tanquam proprietario proprietatis iure, aut ab extraneo tanquam extraneo.

VI. A proprietario tanquam proprietario prohibetur, si proprietarius servitutem rei fructuariæ imponat: locum fructuarium religiosum faciat; servum fructuarium manumittat; siquidem iure hæc faciat; ac videntur omnia iuris esse & facultatis dominicæ. Certe de his ita ius est, ut servitutem prædio imponere possit, qui est prædii dominus. *L.* 1. *D. comm. præd.* Locum religiosum facere loci dominus. §. *religiosum, Institut. de rer. divis.* Servum manumittere item servi dominus. *L.* 3. *C. de his, qui a non dom. manum.* Sed hoc impedimentum in hac specie fructuario metuendum non est. Adversus hunc metum sic iuris ratio est. Licet proprietario de re fructuaria ut vere sua quidvis statuere: sed quod usumfructum non offendat, ut [1] proprietatem alienare; proprietatem pignori obligare; servum noxæ dedere: quæ omnia salvo semper usufructu contingunt. *L. locum.* 17. §. *penult. D. de usufruc. L.* 2. *C. eod.* ut servitutem imponere, qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti, si talem servitutem vicino concesserit; ius sibi non esse altius tollere. *L. nisi*, 16. *D. eod.* Ut autem conditionem fructuarii deteriorem faciat, nihil illi licet facere. Si faciat, quia contra ius facit, pro infecto est. *L. non dubium. C. de legib.* ut iam hic remedium quærendum non sit ad ea infirmanda, mutandave, quæ nulla sunt. Proinde nec locum fructuarium potest religiosum facere, nec servitutes, quæ usum rei onerent, imponere invito fructuario. *L. sed si quid*, 15. §. *ult. D. de usufr.* Non quod proprietarius dominus non sit; est enim vere dominus, & omni ex parte, quanvis usumfructum non habeat; *L. recte, D. de verb. signif.* sed quia hactenus est dominus, ne alterius conditionem in ea re faciat deteriorem, quod & naturali & civili ratione facere prohibemur in rebus omnibus. *L. solvendo, D. de neg. gest.*

VII. Quid, consentiente fructuario an non recte ista faciet proprietarius? Valde consentaneum videbatur posse eum facere. Nam si metuimus, ne hic fiat fructuarii conditio deterior, non est, quod in consentiente id metuamus: cum non fraudentur, qui sciunt & consentiunt. *L. nemo videtur, D. de regul. iur.* nec debet quod certa de caussa interdictum est, caussa deficiente ei iuri locus esse. *L. de eo, L. quid enim, seq. D. de iud.* Sed & hoc ne quid istorum in perniciem fructuarii fiat, totum fructuarii caussa constitutum est. Licet autem unicuique iuri pro se introducto renuntiare. *L. penult. C. de pact.* Licet unicuique deteriorem conditionem suam paciscendo facere. *L. pactum, D. eod.* Et tamen quod mirum videri possit, adversus hæc omnia de servitute scriptum est in *d. L. sed si quid* 15. in fin. *de usufruct.* proprietatis dominum ne quidem consentiente fructuario imponere posse servitutem. An quod proprietarius non plene dominus est, quia usumfructum non habet? Sed non eo minus in solidum dominum esse diserte traditur in *d. L. recte, de verbor. significat.* An ergo potius superiora vera non sunt, consentientem non fraudari; consentienti non licere ius suum remittere? Immo verissima omnia in eo, cuius consensum ius non improbet; nam contra ius nullus consensus, nullum pactum ratum est. *L. iurisgentium*, §. *ait prætor, D. de pact.* Atqui hic consensus, qui proponitur, talis est. Sic enim est regula iuris, qui alienare non potest, nec si alienanti consentiat, ratam eius habendam voluntatem, id est, iure eum inutiliter consentire. *L. cum quis, D. de regul. iur.*

VIII. Servitutis porro impositio genus est alienationis. *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Quapropter si fructuarius servitutem imponere, & hactenus rem alie-

1) *L.* 3. §. *ult. Us. quem. cav. L. fundi* 38. *de Us. leg.* Gomez. 2. *Res.* 15. n. 9.

alienare non poteſt; nec imponenti ² conſentire utiliter poterit, prohibente regula ſuperiore. Conſtat autem fructuarium ſervitutem prædio imponere non poſſe. Solus enim hanc imponere poteſt dominus. *L. ſi quis duas*, in princip. *D. comm. præd.* fructuarius autem rei fructuariæ dominus non eſt, *d. L. recte*, *D. de verbor. ſignificat.* Ex quo efficitur, nec poſſe eum imponenti ſervitutem utiliter conſentire; cuius in hac re ut alienationem, ita & conſenſum de alienatione ius repudiet. Hæc ratio faciebat, ut proprietarius nec locum religioſum facere poſſet, quanvis conſentiente fructuario, nam & hæc maxime dominii alienatio eſt. Sed contra placuit favore religionis, *d. L. locum*. 17. in pr. *de uſufr.* Quo exemplo idem admittemus & in libertate, ut poſſit & proprietarius, conſentiente fructuario, ſervum fructuarium manumittere; favore ſcilicet libertatis, nam libertas omnibus rebus favorabilior habetur. *L. libertas omnibus*, *D. de reg. iur.*

IX. Ab extraneo ut extraneo, ac proinde nullo ne in ſpeciem quidem proprietatis iure, prohibetur uti frui fructuarius alioqui rem poſſidens, iiſdem modis, quibus dominum re ſua uti volentem prohiberi eo uſu ſupra diximus *libro nono*, *Cap.* 9. nempe aut manu, aut opere facto.

X. Manu, ſi quis eum prohibeat ea facere, ſine quibus uti frui non poteſt. Quod & in re ipſa fieri poteſt, & extra rem. In re ipſa, puta fundo aut ædibus, ſi quis prohibeat eum reficere ædes, agrum colere, fructus colligere, & ſimilia, quæ commemorantur in *L. vim facit*, *D. unde vi. L. qui pendentem*, *D. de actionib. empt.* Adverſus hoc genus impedimenti eſt actio confeſſoria, quæ & poſſidenti datur, & datur in hoc, ut fructuarius conſequatur liberam fruendi poteſtatem, *L. pen. §. ult. D. ſi uſusfr. pet.* Extra rem prohibetur, ſi prohibetur importare neceſſaria ad refectionem. Quod cum ſit, etiam videtur fructuarius prohiberi reficere. *L. veteres*, *D. de itin. act. priv.* Ut hic quoque eadem illa ſit obtinendi iuris ſui ratio, quæ ſupra. Sed & tunc prohibetur maxime, quanvis extra rem, cum prohibetur uti ſervitutibus prædio fructuario debitis. Inde & adverſus id impedimentum eadem illi actio & vindicatio confeſſoria: non tamen, ut vindicet ipſas ſervitutes, id eſt, vindicet recta & principaliter; cum actio confeſſoria de ſervitute prædii non competat niſi prædii domino. *L. 1. D. ſi ſerv. vind.* ſed ut vindicet uſumfructum; qua vindicatione etiam illud continetur per conſequentiam, ut vicinus pati debeat fructuarium quoque ire agere, & reliquis ſervitutibus uti, quoniam qui his prohibeatur, idem prohibeatur uti frui. Hoc Ulpianus in *L. 1.* in princ. *L. pen. §. pen.* in fin. *D. ſi uſusfr. pet.* Cui tamen contrarium idem probare videtur in *L. 1. §. 1. D. de remiſ.* ſcribit enim Iuliano placere, in qua etiam ſententia manet, fructuario vindicandarum ſervitutum ius eſſe. Sed nihil hic contrarii. Fructuarius vindicabit ſervitutes. Hoc ipſum dicit & is, qui dicit eum vindicare poſſe uſumfructum ſervitutum conſequendarum cauſſa. Sic enim & per conſequentiam vindicat ſervitutes. Hactenus ergo utrumque convenit. Tantum hoc quæritur, quomodo poſſit vindicare, rectane, an per conſequentiam ipſum fructum vindicando. Hoc ille explicat in *d. L. 1.* in princip. & *d. L. pen. §. 1. ſi uſusfr. pet.* quod cum ad remiſſionis cauſſam non pertineret, prætermiſit in *d. L. 1. §. 1. de remiſſ.* Solum hoc videri poteſt contrarium, quod in *d. L. 1.* & *d. L. penult. §. 1.* ſimpliciter negat fructuarium vindicare poſſe ſervitutes prædii. Idem in *d. L. 1. §. 1. de remiſſ.* ſimpliciter ait poſſe vindicare. Sed nihil

2) Ita & Vaſq. *Li. 1. de Succeſſ. creat. §. 7. n. 4.* referente nec probante Io. del Caſtillo *de Uſuf. C.* 35. *n.* 10. qui eo C. varias variorum rationes expendit, nec ipſe tamen, ut videtur, feliciter ſe expedit dum *n.* 15. *& ſeq.* rationem in eo ponit, quod neuter perfecte ſit dominus, nec conſenſus fructuarii ius proprietatis integrum faciat, dum manet uſusfructus. Quæ ratio ſi vera, nec imponi poſſet ſervitus non nocitura fructuario. Quid quod nec ſocio in re communi plenum ius eſt. Conſentiente tamen ſocio ſervitutem conſtituere licet, vid. *L.* 11. *C.* 9. Sane Pinel. *in L. 1. C. de bo. mat. P.* 2. *n.* 74. hanc receptam ſententiam, (quæ & noſtri eſt) ex vulgari lectione ac expoſitione *d. L.* 15. *§. ult.* ſumme miratur, ut iuris rationibus & ſenſui communi adverſam. Nec abs re certe. Ideoque adiecta negatione legit, *imponere non poteſt*, ut ſenſus ſit, non conſentiente, ſed refragante fructuario, non poſſe dominum imponere. Sic congruere putat reſtrictionem, quæ in *L.* 16. *niſi deterior* &c. Tunc enim conſtitutio ſervitutis nec diſſenſu fructuarii impeditur. Et probat P. Buſius *ad d. L.* 15. *§. ult.* Sed præterquam quod leges corrigere non eſt difficultates componere, facile apparet non convenire huic ſenſui verba, *ne quidem* quæ aperte arguunt extenſionem, & reſiſtit *L.* 17. *pr. h. t.* ubi ſpeciale favore religionis, convincens regulam haberi contrariam. Quæ Lex & Connani 4. *Comm.* 3. *n.* 3. expoſitionem convellit, qui lectione non mutata ſic accipit *d. § ult.* Proprietarius poteſt ſervitutem imponere etſi fructuarius diſſenſerit. Sed hoc in *ſeq. L.* declarari, ut tum obtineat quando deterior conditio non ſit, ubi vocula *niſi* idem ſignificet quod *duntaxat*. Lud. Vital 2. *Var. Lect.* 8. *n.* 2. rationem reddit, quia ſervitus ſervitutis conſtitui nequit. At hac ratione erit ſervitus uſusfructus ſi imponitur fundo, cuius uſusfructus eſt alterius. Obiic. At ſic nec ſervitus non nocitura imponi poterit, contra *d. L.* 15. Reſp. Vital. *n.* 4. Si non deterior conditio fructuarii redditur, proprietatem reſpicit ſervitus, nihilque ad uſumfructum pertinet, in quo nihil conſtitutum eſt, & tunc proprietas ſola eſt, quæ ſervitutem debet. Aliter Io. ſuperior *in L.* 2. *de ſerv. n.* 3. & aliter Sc. Gent. *de Bon. mat. C.* 16.

nihil vetat idem verbum alibi proprie & specialiter accipi, alibi paulo generalius, non tam eo inspecto, quod instituitur, quam effectu. Proprie [3] non vindicat servitutes prædii, qui vindicat usumfructum; cum scilicet id spectamus, quod fit primo & principaliter. Atqui id se sentire Ulpianus declarat in *d. L.* 1. & *d. L. pen.* cum sententiam suam postea ita interpretatur. At si effectum rei spectamus, ut hunc quoque numeremus in vindicatione, etiam tunc videtur servitutem prædii vindicare, cum vindicat usumfructum: quia hac vindicatione etiam servitutes consequitur.

XI. Opere facto prohibetur fructuarius uti frui, si quis puta ædificium posuerit in fundo aut area, si fossam fecerit; si aggerem duxerit; si immiserit in eum fundum fimum aut rudera. Adversus huius generis impedimenta est fructuario interdictum quod vi aut clam in id, quod eius interest opus factum non esse. *L. semper*, *§. hoc interdicto*, *D. quod vi aut clam.* Est etiam in eamdem rem vindicatio ususfructus, id est, confessoria actio de usufructu. *L.* 1. in fin. *D. de op. nov. nunt.*

XII. Hæc de præsentibus impedimentis dicta sunt. Est etiam, ut proposui, cum ex caussa præsente metuatur futurum. Metuitur autem aut ab opere cœpto nondum perfecto, aut ab ædibus vicinis ruinosis.

XIII. Opus cœptum nondum factum, si in prædio fructuario cœptum sit, inhibetur operis novi nuntiatione, ne fiat. *L.* 1. *§.* 1. *D. de oper. nov. nunt.* Placet & fructuarium opus novum nuntiare posse. Hoc Ulpianus in *L.* 1. *§.* 1. *D. de remiss.* sed cum [4] distinctione, quæ alibi ab eodem posita est, & exstat in *L.* 1. *§. ult. D. de oper. nov. nuntiat.* ut opus novum nuntiare non possit suo nomine; sed procuratorio possit. Suo nomine non potest; quia operis novi nuntiatio sine satisdatione adversarii, aut remissione nuntiationis inhibet opus aut in perpetuum, aut in longius tempus. Est autem absurdum in aliquo loco inhiberi in longum tempus ab eo, quem constet in eo loco in tam longum tempus ius non habere.

XIV. Talis est autem fructuarius; qui cras mori potest. Ac cum statim finitur ususfructus. Quam ob caussam mirum non debet videri, si cum ususfructus nomine, operis novi nuntiatio non sit fructuario: tamen & aliarum servitutum caussa, quæ prædii sunt, concedatur, si vicinus forte contra servitutem ædificet. *L.* 3. *§. penult. L. de pupillo*, *§. & belle*, *D. de oper. nov. nuntiat.* Ususfructus enim sæpe momentarius est: servitutes prædii sunt perpetuæ. *L. foramen*, *D. de serv. urban. præd.* certæ prædii sunt, seu prædio debentur. *L. si mihi*, in fin. *L. unus*, *D. de servit. rustic. præd.* Ipsum autem prædium perpetuum. Ius ipsum quoque domini in eo prædio perpetuum. Sed quod fructuarius suo nomine hic facere non potest: procuratorio poterit, ut tanquam mandatu domini opus novum nuntiet, & procedat nuntiatio. Nullum quidem hic mandatum domini de ea re apertum proponitur. Sed satis intelligitur ex eo, quod res data est fructuario fruendi caussa. Hoc enim ipso commissa est ei cura & custodia

3) Cuiac. 1. *Obs.* 16. Hot. *Amic.* 16. Govean. 2. *Var. Lect.* 27. Cisner. *in Comm. ad L.* 25. *de Op. no. nunt. pag.* 13. *& seq.* Io. Superior *ad L. ult. de Servit. n.* 4. Pac. 7. Q. 19. putant tantum referri sententiam Iuliani in *d. L. un.* §. 4. quæ non obtinuerit; itaque antinomiam strenue admittunt. Absurdum enim est, inquit Cuiacius, ut cui non est fundi vindicatio, ei sit iuris fundo debiti, & verba apud Iulianum interpretatur in notis ad Iulianum, ubi eum taxat Marcellus. Sed refellit Rob. 2. *Rec. lect.* 12. ex *d. L. pen.* §. 1. ubi Iuliani sententia proponitur. Quis vero admittet, quod P. Pithœ. *in not. tit.* 2. *collat. LL. Mosaic. in fin.* contendit verba illa *non servitutem d.* §. 1. quamvis a proposita illic quæstione aliena sint (quod non ita est) ideo tamen adiecta ad Ulpianum, ne sententiam Iuliani de servitute a fructuario vindicanda probasse arguatur. Coras. *ad L. si* 16. *de serv.* Resp. habere vindicationem servitutum non suo, sed domini nomine, sicuti & opus novum nunciat. Costal. *ad d. L.* 16. & Rob. *d. C.* 12. non dari fructuario directam servitutum ipsarum vindicationem *d. L.* 1. *pr. d. L. pen.* §. 1. dari utilem *d. L. un.* §. 4. per *L.* 2. §. *ult. Si serv.* & Arg. *L.* 22. *pr. de aq. pl. arc.* Sed ex *d.* §. *ult.* hæc distinctio omnino convellitur, cum manifeste discrimen illic, ratione adiecta, inter actionem confessoriam & interdictum constituatur & ex *ad L.* 2. §. 1. Rectius itaque noster, & convenit Arum. *ex Iust.* 5. *Th.* 23. M. Lyclama *L.* 2. *Membr. ecloga* 11. vindicari debere usumfructum, cuius vindicationis vi simul servitus vindicata.

4) Ita & Io. del Castillo *de Usuf.* C. 7. *n.* 20. Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 25. quia licet fructuario ius in re, tamen debile nec perpetuum, cum morte perimatur. Nec igitur cum Cuiacio & aliis ut *N. præced.* dicendum, referri in *d.* §. 4. Iuliani sententiam, non probari, quod notat Rob. 2. *Rec. Lect.* 12. volens fructuarium, non directe, nec ut vere dominum nunciare, sed utiliter, oblique & quasi domini loco. Vaud. 1. Q. 53. *n.* 8. postquam uti vindicatione servitutis petiit, patere aditum ad nunciationem. Marc. Lyclama *L.* 3. *Membr. eclog.* 10. ex formula vindicandi cognosci quomodo nunciare novum opus possit fructuarius. Nam si ab extraneo usumfructum vindicat negatoria actione, intendit ius ei non esse fruendi &c. Quare & secundum hoc nunciat opus novum extraneo, intendens ius ei non esse Ex. gr. altius ædificandi. Hoc quia facere nequit nisi ex persona domini, ideo procuratorio nomine *d. L.* 1. §. *ult.* quod non repugnat *d. L. un.* §. 4. Sed ex ea infertur. Fit novi operis nunciatio in rem *L.* 10. *de op. no. nunc.* In rem iur non habet fructuarius, nisi procuratoris nomine. Vindicat usumfructum ab extraneo tanquam dominus, arg. *L.* 22. *pr. de aq. pl. arc.* Ergo & nunciat tanquam dominus, ideoque nomine domini. Contra dominum autem ipsum nunciatio inutilis *L.* 2. *de op. no. nunc.* quia adversus illum non potest agere negatoria ex. gr. ius ei non esse altius tollendi, sed debet petere usumfructum actione confessoria. Contra vicinum potest procuratoris nomine. Non contra dominum, quia ageret ut dominus contra dominum, &c. Ita Lyclama, qui præsupponit contra extraneum non dari actionem confessoriam, & ex formula intentionis confessorias & negatorias actiones æstimare videtur, *de quo C. seq.*

dia diligens rei fructuariæ. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. usufr. quem. cau.* Non potest hæc cura & custodia esse ad rem adversus opus futurum tuendum, nisi liceat fructuario nuntiatione opus novum inhibere. Quare custodiæ mandato etiam operis novi nuntiationis mandatum contineri intelligitur; ut semper re aliqua data, simul quoque ea concessa esse videntur, sine quibus ea res explicari non potest. *L.* 2. *D. de iurisdict.* Si quis opus instituat in suo, nulla est actio inhibendi operis, nisi per actionem aquæ pluviæ arcendæ; tum scilicet, cum manu facto opere metuitur, ne aqua pluvia nobis noceat. *L.* 1. *§. hæc autem*, *L.* 3. *§. pen. D. de aq. pluv. arc.* Sed placet fructuarium aquæ pluviæ arcendæ agere non posse. *L.* 3. in fin. *D. de aq. pluv. arc.* eredo, ne is, qui dominus non est, eum qui vere dominus est, in suo quid facere prohibeat.

XV. Adversus periculum ruinosarum ædium remedium est, ut quis stipuletur a domino ædium damni infecti. Placet fructuarium & suo nomine hoc remedio uti posse, ut damni infecti utiliter stipuletur. *L. qui bona*, *§. superficiarum*, *D. de damn. infec.* Nec mirum hoc potius remedium, quam operis novi nuntiationis, aut aquæ pluviæ arcendæ illi concedi. Nihil enim hac cautione inhibet, quod noceat domino, & opus eius retardet: sed tantum sibi consulit, & quidem in eum casum, quo forte usufructu adhuc manente ædes collapsæ aliquid damni ei dederint.

C A P. X I I.

De confessoria actione, ususfructus persequendi caussa.

Quid sit actio confessoria, & quamobrem ita dicta. I.

Quatuor in hac actione præcipua rerum capita seu partes spectandæ; & quæ. II.

Cui competat; & cur soli habenti usumfructum, & huic etiam possidenti ultro detur; domino non item. III.

Quos contra institui debeat; unde æstimetur: tria genera illorum, adversus quos competit hæc actio. Quinam illi. V. VI.

Petitio hæc cuius rei gratia instituta, seu quot numero & qualia in huius actionis petitionem veniant. VII.

Sed immo tota petitionis huius ratio commodius ex Iudicis officio æstimanda, & vicissim. Quæ utriusque cognitionis affinitas. VIII.

Iudicis officium quale. Quatenus ex illo absolutio, sive comdemnatio consequatur. IX.

Duo sententiæ, quæ inest officio Iudicis, præcipua capita & quæ. X.

Tria iterum condemnationis munia, seu partes. XI.

1. *Ut reus, quandocumque possidet, restituat: alias a vi facienda abstineat: in iudicem, & imperata contumax quantum eo nomine damnabitur, reddat.* XII.
2. *Ut æstimationem eius, quod facto suo aberit fructuario, præstet.* XIV.
3. *Item omnem caussam, rei nempe usumfructum, & fructus antea perceptos, & percipiendos non possidenti fructuario restituat.* XV. XIII.

Conclusio capitis, & methodi ratio. XVI.

I. EX his, quæ de impedimentis præsentibus ad impediendum usumfructum comparatis supra diximus, apparet alia atque alia remedia prodita esse fructuario pro genere impedimenti. Unum commune esse omnium, si quis eo uti velit, confessoriam actionem de usufructu, Argumentum *Tituli Digestorum si usufr. pet.* de qua in commune, quod ad hunc locum satis sit, breviter attingemus. Confessoria actio est in rem actio, prodita de servitutibus omnibus, & maxime de usufructu, intendentibus nobis servitutem nobis competere, seu nostram esse. *L.* 2. *D. si serv. vind.* Dicta confessoria, quod per hanc [1] confitemur, idest profitemur, & affirmamus, servitutem esse nostram. Verbum additum discretionis explicandæ caussa, quam in hoc genere actionum intelligi volumus. Hæc enim actio in rem, non est sola de servitutibus: sed est etiam de iisdem servitutibus actio negatoria, prodita domi-

1) Non quod detur adversus confitentem, ut actio de damno dato *L.* 23. *§. ul L.* 25. *in fin. ad L. Aq.* sicuti interrogatoria, quæ contra respondentem ad interrogata, *L. ult. de interr. in iur. fac.* Sed quod confitenti, id est asserenti, intendenti ius sibi competere, detur *L.* 2. *pr. L.* 4. *§.* 1. *Si ser. vend. L.* 5. *§. ult. h. t.* ita Nicol. Cisner. in *Comm. ad L.* 15. *de op. no. nun.* fere initio.

domino neganti se servitutem debere. *d. L. 2. si serv. vind.* Ut igitur actionem in rem de servitute nominantibus nobis, intelligeretur, utram diceremus, nomina cuique propria attributa sunt, quibus hæc genera discernerentur, ut ex re prior diceretur confessoria, posterior negatoria. Hac de caussa in actionibus in rem, quæ de rebus corporalibus competunt, non nominatur actio confessoria: non quod, qui rem corporalem vindicat, seu qui de re corporali in rem agit, non affirmet itidem rem suam esse, ut, qui de servitute agens affirmet servitutem esse suam; quod quidem præcipue fit in controversiis rerum corporalium: *L. actionum, D. de obligat. & action.* sed quia in actione in rem de rebus corporalibus verbo confessoriæ ad actionem demonstrandam opus non fuit. Nulla est enim [2] in his actio negatoria. *§. æque*, in fin. *Instit. de action.* Unde frustra, quæ in his in rem actio est, diceretur confessoria discretionis caussa, ubi nulla actio est in rem, a qua discernatur, aut discerni debeat.

II. In hac actione, ut in cæteris in rem, quatuor hæc spectanda sunt, quibus velut partibus constat hoc genus persecutionis, Cui competat, Adversus quem, Quid petat, & in eo Quodnam sit ad id præstandum, vel denegandum officium iudicis.

III. Confessoria de usufructu competit ei, qui usumfructum habet. Solus enim hic intendere potest, uti frui ius sibi esse, ut est in *L. pen.* in pr. *D. si usufr. pet.* Usumfructum hic proprie dicimus, & eum, de quo hucusque agimus; id est, usumfructum a proprietate separatum: usumfructum servitutem. Dominus in re sua usumfructum habet; sed non eum, quem proprie ita vocemus; non enim eum, qui per se consistat a proprietate separatus. Itaque proprie nihil habet nisi proprietatem, cuius pars est id ius utendi fruendi, quod in re sua sibi vindicat. Quapropter si res eius possideatur ab alio, quo impediatur uti frui, rem ipsam vindicabit, non usumfructum. Si possidenti fiat usufructus controversia, aget negatoria non usumfructum vindicans, sed se debere negans, afferendæ plenæ proprietatis caussa, *d. L. pen.* in pr. Quod dicimus eum hac actione uti, qui habet usumfructum, eam significationem habet, ut sive quis nunquam usumfructum habuerit, sive habuerit, qui legitimo tempore aut aliter sit amissus, huic hæc actio non competat. *L. 3. D. si usufr. pet.*

IV. Proprium hoc huius actionis, sive de usufructu agatur, sive de aliis servitutibus, ut non tantum ei competat, qui rem fructuariam, aut aliam servitutem non possidet, sed etiam ultro possidenti detur. *d. L. penult. §. ult. D. si usufr. pet. L. etsi forte. §. 1. D. si servit. vind.* Aliter, atque in actionibus in rem de rebus corporalibus. Quo in genere nunquam actio in rem ultro possidenti datur. *L. 1. §. penult. D. uti poss.* In caussa est rerum ipsarum conditio. Nam res corporalis cum tenetur, possidetur ab aliquo, ita tenetur, ut quandiu id fit, ab alio teneri non possit. *L. 3. §. ex contrario. D. de acq. poss.* Ideo recte dicitur in *d. L. 1. §. penult. D. uti poss.* in his rebus non dari possidenti actionem, quia sufficiat ei, quod possidet. At actione confessoria petitur usufructus, & reliquæ servitutes, id est, iura. Horum possessio natura nulla est: quasi possessio eorum omnis in usu consistit. *L. 1. D. quan. di. usf. leg. ced. L. viæ. D. de servit.* Porro hic usus etiam ei, qui in possessione sit, varie ab aliis usurpari potest, & prohiberi is, cui servitus debetur, ne servitute utatur, ut supra ostendi. Ut appareat in hoc genere non sufficere servitutem possidenti, quod possidet. Hinc adversus hoc impedimentum comparata actio etiam possidenti. Plura in hanc sententiam scripsimus *ad §. æque. Inst. de act.* unde si cui videtur, petere licebit.

V. Adversus quos competat hæc actio de usufructu, ex genere impedimenti æstimandum est. Alias possidetur res ab alio, aut perinde habetur, quasi possideretur. Alias possidenti fructuario vis fit, quominus utatur fruatur.

VI. Hinc tria genera eorum, adversus quos hæc actio competit. Primum si quis rem fructuariam possidet: non tantum si sit dominus, qui alioqui usumfructum propria obligatione præstare debuit: sed etiam extraneus quivis possessor, cum quo nihil unquam rei fructuario fuerit, *d. L. pen. §. 1. si usufr. pet.* Hoc ex natura actionum in rem, quæ semper adversus pos-

[2]) Rationem scite reddit Theoph. *in §. 2. I de act.* Rob. *1. Rec. Lect.* 18. *pag.* 111. Nam si illic intendens actionem negaret rem alterius esse, nullus sequeretur effectus. Neque ideo magis actorem dominum declarari, eique rem adiudicari convenit, cum possit res neutrius esse, nec ista negatione ullum ius neganti vel ex consequentia asseratur. Ast in servitute ex consequentia negando nobis adserimus ius libertatis *L. 4. §. pen. Si ser. vid.* & Cisner. *ad d. L.* 15. *pag.* 5. *& seqq.* Qui contendit, rem possessoris non esse magis de alieno, quam de suo experiri videtur. Facit *L. 16. de exc. rei iud. L. 11. de iureiur.* At in controversia servitutum agitur de affectionibus prædiorum, & negans servitutem agit de iure libertatis, add. Ant. Fab. 20. *Coniect.* 13. *pag.* 129.

possessorem sunt, quanvis nullo iure nobis sit obligatus. *L. actionum, D. de obl. & act. §. 1. Instit. de act.* Alterum, si quis est, qui pro possessore rei fructuariæ habeatur. Quo in numero iure sunt duo: qui dolo desiit possidere, & qui agenti fructuario liti se obtulit, quasi possideret. Indicantur hi leviter in hac actione in *L. ult. D. si usufr. pet.* apertius in vindicatione seu actione in rem de rebus corporalibus in *L. qui petitorio*, in princ. *L. is qui se obtulit, D. de rei vind.* congruit regula iuris, *L. parem. L. qui dolo. D. de regul. iur* Tertium genus, si quis cum nec possideret, nec pro possessore haberetur, ut superiores, possidenti fructuario vim facit, quominus re fructuaria & eius iure libere utatur fruatur, sive in re ipsa fruenti obstet; sive extra rem prohibeat eum uti servitutibus rei fructuariæ debitis, ut supra diximus. *L. 1.* in princ. *L. penult. §. 1. si usufr. pet.*

VII. Petitio huius actionis propria est, adversus eum quidem, qui rem possidet, ut res actori restituatur possidenda fruendi caussa. *L. 3. si usuf. pet.* adversus eum autem, qui fructuarium possidentem uti prohibeat, ut desinat vim facere, & fruendi facultatem liberam relinquat fructuario. *L. pen.* in fin. *D. eod.* Præter hæc adversus utrumque, ut si quid damni ab eo datum est, si quid per eum abest fructuario, ut damnetur in id, quod fructuarii interest. *L. 1.* in fin. *D. de op. nov. nunt.* Caussa omnis accedet, in qua erunt & fructus rei ab alio possessæ. Atque hæc, sive petita sit, sive nominatim non sit petita. Petitione enim rei omnia ea, quæ ex re esse possunt, simul in iudicium deducta intelliguntur. *L. penult. §. in his, §. si post D. si usufr. pet. L. præterea, D. de rei vind.*

VIII. Sed hæc omnis petitio qualis esse debeat, intelligetur certius ex officio iudicis, si quale id sit in hac actione, cognoverimus. Hæc enim mutuam operam præstant in cognoscenda natura actionis; petitio actionis; & officium iudicis. Quod recte petitur, id ipsum sententia iudicis præstari debet, nec in aliam rem esse debet condemnatio iudicis, unde ex petitione intelligitur officium iudicis. *L. ult. §. 1. C. de fideic. lib. L. ut fundus, D. com. divid.* Et vice versa, si quid officio iudicis præstandum esse dicitur, id ipsum intelligimus, esse, quod recte petere possimus, si quidem de eo aliqua sit actio. Ut, in hac actione Ulpianus ait esse officium iudicis, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam: proprietatis dominus, ne inquietetur. *d. L. pen.* in fin. *si usufr. pet.* Atqui id ipsum est, quod hac actione petitur. Ideo sub *Tit. si usufr. pet. D.* de officio iudicis tantum legimus: nihil de actione & persecutione huius actionis.

IX. Officium ergo iudicis in hac actione tale est. Actore fructuario 3 intentionem suam implente, ut plurimum reus condemnandus est. Est tamen interdum, cum absolvi debeat. Alias ex persona actoris, si post litem contestatam fuerit finitus ususfructus, quo casu de damnis tantum & fructibus præteriti temporis sententiam ferri oportet. *L. pen. §. si post D. si usufr. pet.* Alias ex persona eius cum quo agitur, si is tanquam possessor conventus desierit possidere sine dolo: forte quia res ei evicta est iudicio ab alio. *L. ult. D. si usufr. pet.* Quod & in actione in rem de rebus corporalibus servatur. *L. si autem, §. 1. D. de rei vind.* Quod si utrumque concurret tempore rei iudicandæ, ut actor usumfructum adhuc habeat, & reus tanquam possessor conventus vel possideat, vel pro possessore habeatur: sententia iudicis spectare debet ad condemnationem & præstationem eius, quod petitur.

X. Hic sententia duo summa continere debet in officio iudicis, pronuntiationem de iure petitoris, & condemnationem, quam quærimus. Primum hoc in officio iudicis, ut sententia sua declaret usumfructum esse actoris, ut intendit: & generaliter in omni actione in rem sive de servitutibus, sive de rebus corporalibus, declarare ante omnia debet, rem esse actoris, quæ petitur. De servitutibus est in *L. sicut, §. sed si quæritur, D. si serv. vind* de rebus corporalibus est in *L. & ex diverso, §. 1. D. de rei vind.* Hanc declarationem sequitur condemnatio horum iudiciorum propria.

XI. Ea tria fere capita continet: Unum de re fructuaria restituenda; alterum de eo quod abest fructuario opera adversarii, dum ab eo uti frui prohibetur; tertium de fructibus, & omni caussa, quæ litem contestatam secuta est.

XII. De re restituenda hæ sunt partes iudicis. Si reus possessor est, aut sic accipitur, quasi possideret, iubebit eum iudex rem restituere, & in ea usumfructum. Si reus tantum possidenti vim facit, iubebit

3) Quæ probanda sint confessoria experienti, & ad quæ condemnatio fiat. Io. del Castillo *de Usufr. Cap. 7. n. 5. 6. 7.*

bit eum desistere a vi facienda, & permittere actori liberam fruendi facultatem. *L.* 3. *L. pen.* in fin. *D. usufr. pet.* Et hactenus in hac re versatur imperium iudicis: quod in actionibus in rem dicitur iussus & arbitrium iudicis. *L. qui restituere*, *D. de rei vind. L. arbitrio*, *D. de dolo*. Huic iussui si paret reus, evitat contumaciæ pœnam, quam nova condemnatio circa rem ipsam petitam exceptura erat. Si non paret; hæc est condemnatio, ut si quidem non paret dolo malo, quantum adversarius in litem iuraverit, tanti damnetur: si non dolo, non plures damnetur, quam quanti res est. *L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vind.*

XIII. Neque hæc tunc solum sententia & condemnatio est adversus possessorem, aut eum qui pro possessore habetur, cum ad tempus usque rei iudicatæ constitit actori suus ususfructus: sed & cum post litem contestatam facto possessoris tempore amissus est, dum propter adversarii possessionem aut frustrationem non licet fructuario re frui. Quo casu ususfructus restituendus est, & renovandus actori, ut caussa ei præstetur, id est id, quod habiturus esset, si statim tempore litis contestatæ restitutus esset ususfructus. *L. pen. §. pen. D. si usufr. pet. L. si post. L. præterea*, *D. de rei vind.* Et quoniam si agetur cum eo, qui se liti obtulit, fieri potest, ut alio possidente & usucapiente libertatem usufructus res ab eo libera pignori data sit: placet recte desiderari a reo, ut non solum usumfructum ita amissum renovet; sed etiam caveat de evictione in eum casum, si res, uti supra dixi, pignori data erit. *d. L. pen. §. pen. D. si usufr. pet.* significatur idem in *d. L. si post*, *de rei vind.*

XIV. Si quid facto adversarii aberit fructuario, dum aliquo modo prohibetur uti frui: id iudex æstimabit, & damnabit reum in eam summam; quam dicimus id esse, quod interest, *L.* 1. in fin. *D. de op. nov. nunt.*

XV. Sequetur caussa, in quam semper reum damnari oportet. *d. L. præterea*, *de rei vind.* Hac continentur præter usumfructum tempore amissum, de quo supra dixi, fructus rei petitæ, sive quos percepit reus, sive quos percipere potuit: in quorum æstimationem & ipse hac actione damnabitur. *d. L. pen. §. in his*, *§. pen. D. si usufr. pet. L. fructus*, *D. de rei vind.* Sed ita demum, inquit Ulpianus, si non sit possessor, qui agit, ut possessori quoque hanc actionem competere ante diximus. Quod si possidebit, nihil fructuum nomine consequetur. Merito: nam si percepit fructus, non debet petere, quos habet. Si non percepit, cum posset, ipsius culpa est: ac propterea iuxta regulam iuris factum ei suum, non adversario nocere debet. *L. factum cuique*, *D. de reg. iur.*

XVI. Hæc brevis summa est actionis confessoriæ. Quæ quia accommodata est tota ad ius fructuarii, ideo visum est eam hoc loco attingere, non differre longius; partim ut iuris fructuarii tuendi ratio nota esset, de qua hic agebatur; partim ne huius actionis tractatio longius remota a iure fructuarii, a quo pendet, aut minus perciperetur; aut eadem illic inculcanda essent de hoc iure: quæ iam ante codem loco, certe coniunctim exposita habemus. Idem & in Pandectis compositores earum secutos videmus. Etiam de servitutibus, eoque & de usufructu actio negatoria prodita est: sed domino neganti se usumfructum debere. *d. L. pen. §. ult. D. si usufr. pet. L.* 2. *si serv. vind.* Sed de iure domini & proprietarii paulo post. Nunc de fructuario agimus.

CAP.

CAP. XIII.

Onera fructuarii in re fructuaria, quæ. Inter cætera maxime, De refectione ædium fructuariarum: De sartis tectis tuendis: De substituendis arboribus in locum demortuarum: De supplendo fructuario grege.

Transitio ad onera fructuarii. I.
Ordine & dignitate primum fructuaria cautio. Eius tractatio cur posteriori loco reddita. II.
Onera fructuarii cætera aut in faciendo, *aut* in non faciendo *consistunt*. III.
Prioris ordinis illa: ut ne proprietati noceat; neve utatur fruatur præter rei conditionem atque usum fructuarius: quæve ex hoc posteriori capite cavenda fructuario. IV. VI.
Proprietati duobus modis nocetur, & qui illi. Utriusque nomine cautio præstatur; & actio talis competit cuiusmodi est adversus ista peccatum. V.
In faciendo *proprie onera consistere. Cuiusmodi genera tria, & quæ*. VII.
Tuenda res accipitur fructuario: duæ tuitionis partes; & quæ. VIII.
Diligens fructuariæ rei custodia: quatenus hæc fructuario necessaria; & quibus in rebus ipsa versetur; & quot ex causis teneatur isto nomine fructuarius. IX. X.
Item sarciendæ & reparandæ rei cura hæc fructuarii propria, & quare. Quot & qualia reparationis onera. XI. XII. XIII.
Tria ex iis oneribus explicanda diligentius, & quæ ista. XIV.
1. *Ædium refectio: Hæc qualis, seu quæ sarta tecta habere debeat fructuarius; & quam & quatenus ex hac parte culpam præstet*. XV. XVI.
2. *Substitutio arborum: facienda dumtaxat, in locum demortuarum & quare: non vero tempestatis aut alia externa vi deiectarum: ratio differentiæ*. XVII. XVIII.
3. *Gregis suppletio, seu summissio*. XIX.
Ad supplendi gregis onus præstandum tria necessaria. XX.
Ut sit non ovium singularum, licet maximo numero, & unica oratione, sed alicuius universitatis, seu gregis legatus ususfructus. XXI.
Ut demortuorum & inutilium Capitum loco substituatur dumtaxat. XXII.
Ut summittenda capita sint ex eodem grege nata. XXIII.
Summissionis effectus qui. XXIV.
Contrariis occurritur. XXV. XXVI.
Prædiorum onera quæ præstanda a fructuario; & quare. XXVII.
Cautio fructuaria, & ipsa fructuarii onus. Unde nascatur. Aditus ad Caput seq. XXVIII.

I. Et hæc quidem in iure fructuarii commoda eius sunt in re fructuaria: hæc illi remedia iuris ad ea commoda obtinenda. Sed non solis commodis constat ius fructuarii. Etiam his commodis onera sunt adiuncta, quibus iure tenetur fructuarius, ut proposuimus. Ea onera officia sunt, quæ pro commodo proprietarii, & fructuarii fide in re aliena, fructuario imponuntur.

II. Ex quibus unum primum est, cuius præstatio scilicet omnem usufructus acquisitionem antecedit, ut nisi eo præstito, ususfructus quanvis alioqui iure constitutus, non procedat, & eius actio denegetur. Cætera acquisitionem & traditionem usufructus ita sequuntur, ut prout rei usus postulaverit, ita quodque exhiberi debeat. Quod primum hic a fructuario exigitur, cautio est, qua is ne re accepta postea abutatur, neve impune negligat ea, quæ eum deinceps in eo ex fide præstare oportet, satisdat ei, ad quem ea res pertinet, se boni viri arbitratu usurum fruiturum, & finito usufructu, quod inde exstabit, restituturum. Ea cautio, si eius præstationem spectamus, vere primum est officium ex his, quæ a fructuario ususfructus nomine exiguntur. Est enim cautio eiusmodi, quæ nisi, desiderante proprietario, ante omnia præstetur, iure ususfructus denegetur actio. *L. si cuius*.

13.

13. *D. de usufr.* Sin quærimus eius explicationem, cautio ea est, quæ nisi cæteris officiis fructuarii expositis, qualis sit, quidve contineat, cognosci non possit. Cavet enim compendio de his omnibus, quæ deinceps dicturi sumus exigi a fructuario. Idcirco huius tractationem in id tempus, cum reliqua illa, quæ dixi, officia cognita fuerint, consulto reiecimus. Quæ vero sequuntur onera, ea inducta sunt ex conditione rei fructuariæ, hoc modo. Meminisse enim debemus rem esse alienam, quam fructuarius fruendam accipit. Sui quidem commodi caussa, nempe fruendi: attamen alienam, qua etiam uti debeat salva rerum substantia: quam eamdem, ne frustra ita aliena sit, restituere aliquando debeat, pluribus modis constitutis, quibus finiatur usus fructus. Hinc fidem & diligentiam ab eo exigi ut in re aliena, quæ ipsi ita commissa sit, ut in ea versetur, uti virum bonum decet. Præterea sic reputare debemus, ex commodis pendere & rei incommoda. Hinc illa, ut dixi, fructuarii onera reliqua, id est ea, quæ fructuarium in re fructuaria præstare oportet.

III. Hæc partim in eo sunt, ne quid fructuarius faciat, quo facto tenetur: partim in eo, ut faciat, quo contra non facto teneri incipit.

IV. In non faciendo hæc. Primum quidem, quod commune est omnibus ad alienam rem accedentibus, ne quid faciat in re fructuaria, quo noceat proprietario. Tum autem pro eo atque fructuarii proprium est, ne præter naturam ususfructus utatur fruatur.

V. Nocet proprietario aut rem deteriorem faciendo, aut eam surripiendo. Utrumque in re fructuaria cavere debet: & utriusque nomine tenetur iure omnium communi, qui eadem in re aliena admiserunt, puta ob damnum datum, lege Aquilia; propter opus, quo nocitum esse dicetur, interdicto quod vi aut clam; ob servum corruptum, actione de servo corrupto; ob servum torquendo deteriorem factum, iniuriarum; ob furtum, furti. *L. si cuius, 13. §. de præteritis, L. cum usufructuario, 66. D. de usufr.* Sane si res a fructuario deterior facta sit, dum ea recte utitur ad eum usum, ad quem parata est, caret culpa, nec eo nomine tenebitur: veluti, si vestimentorum usufructu legato ea utendo attriverit. *L. si ususfructus, §. pen, D. usufr. quem cav.* Si navis relicto usufructu, navem navigatum miserit, & forte amissa sit naufragio. *L. arboribus, 12. §. navis, D. de usuf.*

VI. Ex natura ususfructus hæc sunt duo: ut secundum conditionem rei ea quoque utatur fruatur; tum ut utatur fruatur salva rei substantia. Hinc duo illi ut fructuario cavenda, ne faciat: unum, ne præter conditionem rei ea utatur. *L. sed si quid, 15. §. 1. D. de usufr.* De quo diximus in modo utendi fruendi supra *huius Libri Cap. 7.* Alterum, ne rem fructuariam mutet, aut transformet, quanvis repositurus sit melius. *L. 8. D. de usufr.* de quo supra diximus *eiusdem Libri Cap. 10.* Adversus quæ si facit, quatenus teneatur, dicetur *infra Cap. 15.*

VII. Sed hæc leviora: atque adeo, si proprie loqui volumus, ne onera quidem sunt, aut incommoda fructuario. Nam cum sit in eius potestate sine damno suo priora cavere, adversus posteriora non facere: velit tantum utrumque, ac nihil hic futurum est, quod eum oneret. Illa sunt vere onera, si quæ sunt eiusmodi, ut fructuarius facere debeat etiam invitus & maxime si cum sumptu. At huiusmodi quoque onera fructuarii quædam sunt, & complura. Eorum genera sunt tria: rem tueri; onera prædiorum sustinere; finito usufructu restituere quod inde exstabit.

VIII. In primis rem tueri, ut significatur in *L. usufructuarius, 44. de usufr.* Est autem tueri, rem quam acceperis, integram præstare, quantum cura & reparatione licet consequi. Quod partes facti indicabunt. Habet autem hæc tuitio duas partes, quarum utramque præstare debet fructuarius; curam & diligentiam rebus integris asservandis; tum curam alteram in iis, quæ vitii aliquid iam contraxerunt, reparandis & suæ integritati restituendis.

IX. Principio fructuarius [r] curam & diligentiam rei fructuariæ servandæ adhibere debet, & eam, non qualem adhibere solet suis rebus, si forte sit minus diligens paterfamilias; sed quantam diligens paterfamilias solet suis adhibere. *L. 1. in fin. L. 2. D. usufr. quem cav. L. sed cum fructuarius, 65. D. de usufr.* Quod eam vim habet, ut nisi adhibuerit, quidquid inde detrimenti erit, eo nomine teneatur. Unde igitur hæc obligatio fructuarii inter eos, inter quos de ea re nihil aperte convenit? Ex regula naturæ recepta in contractibus & negotiis gestis inter aliquos. Nam quoties inter aliquos quid

r) De custodia & diligentia a fructuario præstanda Io. del Castillo *Quotid. Contr. de Usuf. C. 20.* ubi & tractat an fructuarius sit Procurator in rem suam, quod affirmat Gomez. 2. *Resol. 15. n. 6. & 7.*

quid geritur, ex quo unus alii rem certam præstare debet, si in eo negotio versatur [2] utriusque utilitas, dantis & accipientis, seu debitoris & creditoris: toties qui rem debet, si Societatem exceperis, ab eo exigitur in re asservanda omnis diligentia, ut quocumque modo res perierit, vel deterior facta sit, dum ne casu fortuito, detrimentum sit eius. *L. si ut certo*, *§. nunc videndum*, *D. commod.* Tale autem negotium geritur inter fructuarium & proprietarium. Nam fructuarius sic rem accipit, ut quandoque finito usufructu restituere eam debeat. In eo negotio ut versatur utilitas proprietarii, cui res restituenda est: ita maxime fructuarii, qui rem accipit fructus percipiendi caussa. Proinde ex superiore æquitate est: ut in ea re asservanda & fidem bonam, & diligentiam omnem præstet. Versatur hæc cura in commodis avertendis, seu in eo, ut det operam, ne quid accidat, qua res pereat, aut fiat deterior. Quorum alterum si eveniet, cum humana provisione caveri posset, fructuarius damnum præstabit.

X. Huiusmodi damna & incommoda hæc sunt, quæ ob id & ad fructuarii onus pertinent, furta externa; damna a domesticis fructuarii illata; servitutum prædio fructuario debitarum amissio; rei fructuariæ usucapio; animalium interitus debilitatiove, quæ neglecto eorum victu, aut valetudinis curatione contigerint. Furto si quid ex rebus fructuariis sublatum sit etiam ab extraneis, tenetur fructuarius; non quia furtum fecerit, quod constat; sed quia cura & vigilantia providere potuit, ne res paterent furibus. Qua de caussa placet a quo huiusmodi custodia exigitur, ad eum etiam furti detrimentum pertinere. *L. cum duobus*, *§. damna*, *D. pro soc.* Damna a domesticis, ac non a se tantum illata præstat fructuarius. *d. L. sed cum*, *65. D. de usufr.* nempe propter eamdem curam & diligentiam, quam ab eo exigimus. Providere enim potuit, ne a domesticis inferrentur. Potuit eos nosse: & quoniam in eos imperium habet, potuit continere in officio. Potuit denique non adhibere ad res fructuarias, quo fieret, ne res ab iis corrumperentur. Damna cæteris illata ad fructuarium non pertinent, quia nulla cura aut diligentia consequi possumus, ne damnum nobis iniuria detur ab eo, quem prohibere non possumus. *L. ad eos*, *D. commod. L. sed de damno*, *D. loc. L. nullum*, *D. de reg. iur.* Servitus prædio fructuario debita si non utendo amissa sit, tenetur hoc quoque nomine fructuarius. *L. sed si quid*, *15. §. ult. D. de usufr.* eadem de caussa, quia potuit fructuarius servitute uti, eamque vindicare, ut ante diximus: quamobrem curare debuit, ut uteretur. Ni facit, negligentiæ eius damnum est, quod ipse præstabit. Res fructuaria si ab alio usucapta sit: placet hic quoque rei æstimationem a fructuario deberi, si cum posset usucapionem interpellare, neglexit. Propter eamdem caussam, quia omnem curam rei servandæ debuit. *L. 1. in fin.* & *L. seq. D. usufr. quem. cau.* Potuit autem sine culpa usucapionem non interpellare, puta, si ignoravit rem ullam fructuariam ab alio possideri; aut scivit quidem aliquam possideri, sed a quo possideretur, ignoravit: aut si cum utrumque sciret, non fuit possessoris copia, aut non fuit potestas interpellandi. Eadem cura vitam animalium, ut servorum & pecorum tueri debet fructuarius, quod fit rebus ad eam tuitionem necessariis. Hæ sunt in servis, eos alere, & vestire idonee secundum ordinem & dignitatem mancipiorum. Quæ ideo a fructuario exiguntur, & quidem ita, ut ea præstet suo sumptu: ut consequens sit, nisi faciat, quidquid ex eo detrimenti erit, id eum præstare debere. *L. sed si quid*, *15. §. sufficienter*, *L. sicut*, *45. D. de usufr.* Eadem cura in pecoribus alisque animalibus pascendis intelligenda est, & ex neglectu eadem damni præstatio.

XI. Altera pars tuitionis posita est in iis, quæ a priore integritate discesserunt, farciendis, reparandisque. Pars superiore gravior, quod præter curam fructuarii etiam sumptum eius desiderat. Exempli caussa: si quid in ædibus fructuariis reficiendum est, placet fructuarium sarta tecta debere præstare suo sumptu. *L. cum ad quem C. de usufr.* quod & in cæteris caussis huius generis servatur, de quibus paulo post, si prius monuero de genere obligationis.

XII. Sciendum est enim proprium esse fructuarii: ad cæteros contractus non pertinere. Nam commodatarius, a quo plurimum in re commodata exigitur, quia solius eius utilitas in eo versatur, diligentiam quidem summam præstare debet rei custodiendæ; *L. si ut certo*, *§. commodatum*, *D. commod.* cibariorum etiam impensas placet naturali ratione ad eum pertine-

2) Immo Ususfructus solius fructuarii caussa constituitur, ideoque eum de levissima quoque culpa teneri vult post alios Castil. *d. C. 20. n. 17. per L. 13. §. 2. vers. denique b. t.* iunct. *L. 44. ad L. Aq.*

tinere: *L. in rebus*, §. *possunt*, *D. eod.* At impensas, quas facit in re restauranda, puta in servo ægroto curando, a domino recipit. *Ibidem*. Quod nunc in fructuario contra esse dicimus. Unde igitur rursum nova hæc obligatio fructuarii? Ex alia naturæ regula in ius recepta, qua æquum putatur, ut ad quem pertinent commoda rei, is etiam agnoscere debeat onus rei adiunctum. Et quidem ita est regula iuris, *Secundum naturam esse, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*, L. secundum, *D. de reg. iur.* Sed & hoc in contrarium valet, ut incommoda cuiusque rei eum sequi debeant, quem seqnuntur commoda. Quod indicatur in *L. unica*, §. *pro secundo*, *C. de cad. tol.* Constat commoda fructuarii esse, quæcumque ex re ab eo percipiuntur. Sint igitur fructuarii & incommoda, quæ sunt in rebus collapsis restituendis & reparandis. Habetque id naturalem & manifestam rationem in definitione fructuum & commodorum positam. Fructus enim tantum fructuario tribuitur, & in fructibus rei commoda. Non intelligitur autem fructus, uti nec commodum, nisi quod deductis incommodis ad fructum capiendum necessariis superest. *L. fructus*. 7. in princ. *D. sol. matr.* ut nec damnum, nisi id quod superest deducto *damno*. *L. Mucius*, *D. pro. soc.* Et vero de eo, quod ad tutelam ædificiorum, ægrumque servum curandum impensum est, cur id maritus impendere debeat, & impensam non possit repetere, ad istam plane sententiam scribit Ulpianus in *d. L. fructus*. §. *ult.* D. sol. mat. *hæ impensæ non repetentur*, inquit *cum maritus fructum totum anni retinet*; *quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est*.

XIII. Huius reparationis, & restitutionis onera hæc sunt: in ædibus reficere ædes, & farta tecta præstare suo sumptu. *L.* 7. §. 1. & ult. *L. cum fructuarius*. 64. & *L. seq. D. de usufr. d. L. eum ad quem*, *C. eod.* Quod & in similibus rebus omnibus fructuariis, quæ refectionem admittunt, probandum est. In fundo hæc: agrum proscindere, vites sublerere, aquæductus & fossas purgare suo tempore: *L. si cuius*. 13. §. *de præteritis*, in fin. *D. de usufr.* fundi seminarium renovare, cum usus fuerit: *L. item si* 9. §. *seminarii*, *D. eod.* in locum demortuarum arbornm alias substituere. *L. agri*. 18. *D. eod.* In animalibus, ægrota curare, & sanitati restituere, quantum potest; hoc enim exigitur a commodatario. *L. in rebus*, §. *possunt*, *D. commod.* multo magis a fructuario, a quo plus exigi ostendimus. Et quidem exigitur hoc amplius, ut curet suo sumptu; ciusque rei impendia non minus, quam cibariorum ad fructuarium natura respicere scriptum est in *d. L. sicut*. 45. *D. de usufr.* In grege, gregem supplere. *L. vetus*. 68. in fin. *D. eod.* Quæ omnia cum ad onus fructuarii pertinere placeat: animadvertendum est ea unam hanc istius oneris & necessitatis caussam habere, quod his rebus rem tuemur & conservamus, dum fit hoc modo, ut res quantum potest in suum statum restituta in eo perduret, maneatque talis, qualis accepta est, quantum, inquam, restitutione & reparatione per rei conditionem consequi possumus: Neque enim vetera & attrita possunt reparatione nova fieri.

XIV. Ex his tria paulo maiorem & certiorem explicationem desiderant, quæ ideo seorsim attingemus; refectio ædium, & quæ diximus sarta tecta; substitutio arborum in locum demortuarum; & suppletio gregis.

XV. In refectione ædium, & sartis tectis habendis quæritur, an omnis restitutio vitiosarum & collapsarum ædium ad onus fructuarii pertineat. Nam de ea reparum expedita sunt ea, quæ de hac specie legimus in *d. L.* 7. §. 1. *D. de usufr.* Illic enim ad extremum definit Ulpianus modicam 3) refectionem ad fructuarium pertinere. Merito quæritur, quæ sit ista modica refectio, & quem illius modici definiamus modum. Idem prius dixerat hactenus fructuarium reficere cogi, *ut sarta tecta habeat*. Quid est sarta tecta habere, seu, ut est alibi, præstare? De eo, sic, puto, recte constituemus. Ibidem scribit Ulpianus, quæ vetustate corruissent, neutiquam fructuarium cogi reficere. Ergo nec si quid corruat vitio operis, cui vitio occurri diligentia fructuarii non potest, hoc enim eiusdem rationis est. Sed nec si quid deiectum sit vi tempestatis, id restituere debebit, non magis quam substituere arbores vi tempestatis eversas. *L. arbores*. 59. *D. de usuf.* His exceptis relinquitur, opinor, ut earum rerum solum refectio ad fructuarii onus pertineat, quæ res temporis attritu, vel sponte &

3) Tenetur ad sumptus modicos qui concernunt utilitatem præsentem ac temporariam & perceptionem fructuum, non ad magnos, qui perpetuam utilitatem rei, Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 7. Castillo *de Usufr. C.* 23. *n.* 12. Cuius rei uberior explicatio peti potest ex eodem C. 56. *& seq.*

te & natura ſua vitii aliquid contraxerint, veluti ſi quid in parietibus earie aut ſitu corruptum concidat; ſi integumenta ædium imbribus aut ſole corrupta perfluant; ſi animalia in morbum incidant: Atque in his ſunt ea, quæ in ædibus noſtri vocant [4] *ſarta tecta*. *d. L.* 7. §. 1. *de uſufr.* Eademque eſt, quæ *ibidem* dicitur ab Ulpiano *modica refectio*, eadem, quæ ab eodem alibi dicitur conferri ad tutelam ædificiorum, & novæ rei ædificationi, aut veteris totius collapſæ reſtaurationi opponitur, in *L. fructus.* 7. §. *ult. D. ſol. mat.*

XVI. Sed quibuſcumque caſibus uſufructuario refectionis onus incumbit, hactenus incumbere placet, ut ſi paratus ſit uſumfructum derelinquere; non ſit cogendus domum reficere. Uſque adeo, ut & convento eo de refectione, & poſt acceptum adverſus eum de ea re iudicium, ſi paratus ſit derelinquere uſumfructum; placet eum abſolvi debere a iudice. *L. cum fructuarius*, 64. *L. ſi abſente*, 48. *D. de uſufr.* Nec abs re. Habet enim refectio futurum commodum, quod ex re refecta percipiatur. Ut non eſt cogendus quiſquam id commodum capere, ne invito beneficium detur contra regulam iuris. *L. invito*, *D. de reg. iur.* ſic nec facere id, unde id commodum ſequatur; ſed tum maxime, eum fructuarius toti rei fructuariæ paratus eſt cedere. Hæc ita ſunt, dum ne fructuarii aut domeſticorum eius facto quid deterius factum ſit, quod indigeret refectione. Hanc enim culpam ipſe præſtat, ut ante diximus. *L. ſed cum fructuarius*, 65. *D. de uſufr.* Eam obligationem ſemel contractam tollere non poteſt facto ſuo, niſi ſolutione. *L. ſi ſervum*, §. *nunc videamus*, *D. de verb. obligat. Inſtit. quib. mod. tol. oblig.* in pr. Proinde nec ſi hoc caſu paratus ſit derelinquere uſumfructum, liberabitur ea obligatione. *d. L. ſed cum.* 65. *de uſufr.*

XVII. De ſubſtitutione arborum, diximus fructuarium in locum demortuarum alias ſubſtituere debere. Quid hoc ad tuitionem fundi pertinet, ut propter tuitionem id exigi debeat a fructuario iuxta regulam traditam in *d. L. uſufructuarius*, 44. *D. de uſufr.?* Movet, quod fundus etiam ſine his arboribus æque conſiſtere potuit, & ſine his integer fundus eſſe, Diximus autem tueri nihil aliud eſſe, quam rem, quæ eſt, integram præſtare. Sed addendum eſt integram præſtare, qualis accepta eſt. Debet enim fructuarius tueri, quod accepit, ut eſt in *d. L. uſufructuarius*, 44. *D. de uſufr.* Non eſt autem fundus integer, uti acceptus eſt, qui cum arboribus acceptus, poſtea eas arbores habere deſiit: Arbores enim quandiu radicibus hærent fundo, pars ſunt fundi multo magis, quam fructus pendentes; qui tamen & ipſi pars fundi eſſe dicuntur. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vind. arg. in L. arbor. D. com. divid.* Non eſt autem integrum id, cui pars aliqua ex priore ſtatu abeſt. Ipſum quidem ſolum fundi ſine arboribus & ante eſſe potuit, & nunc poteſt. Sed non ſpectamus fundum, ut ſolum: ſed ut ſolum frugiferum, conſtans iis rebus, quæ ad fructum ferendum valent. Quæ ſi ita ſunt, aperte ad tuitionem fundi qualis acceptus eſt, pertinet, ſi quid ex arboribus fundi deceſſit, id reſtituere ut integro & priſtino ſtatu fundus eſſe incipiat. Quod fit in locum priorum alias ſubſtituendo.

XVIII. Sed cur dicimus in locum demortuarum arborum; ac non generaliter dicimus in locum amiſſarum arborum? Ut intelligamus arbores vi tempeſtatis, aut aliqua alia externa everſas ab eo ſubſtitui non debere, ut eſt in *L. arbores*, 59. in princ. *D. de uſufr.* Atqui ſi vis tempeſtatis eſt caſus fortuitus, ut eſt, *L. ſi merces*, §. *vis maior*, *D. loc.* non minus ſunt in hoc numero & mortes animalium, earumque rerum omnium, quæ prius vita conſtabant. *L. ſi ut certo*, §. *quod vero*, *L. in rebus*, in pr. *D. commod.* Cur ergo hic mortes arborum præſtat fructuarius: ac non æque vim tempeſtatis? denique cum ſint utraque caſus fortuiti; cur non aperte dicimus horum detrimentum pariter ad fructuarium non pertinere? Sic enim ius eſt de caſibus fortuitis, ut hi a nullo præſtentur. *L. contractus*, in fin. *D. de reg. iur. L. quæ fortuitis*, *C. de pignor. act.* Et ſciendum eſt hæc non ut damna ſimpliciter præſtari; alioqui ex ſuperiore regula ne præſtarentur quidem: ſed ut incommoda rei ad fructuarium pertinere. Incommoda vero ſi rei ſunt, omnia ad onus fructuarii pertinent, ut ante diximus, etiam ſi maxime ſine culpa eius caſu fortuito contigerint. Sed incommo-

da

4) Sarta tecta *d. L.* 7. §. 2. *D. L.* 7. *C. h. t. L.* 7. *de offic. proconſ. L.* 7. §. 2. *ad L. Iul. repet.* Cic. *in Verrina* 1. quæ incorrupta ſervantur, vid. Hotom. *ad L.* 7. *C. h. t.* Ræward. *ad L.* 61. *de R. I.* Salvam igitur ſubſtantiam ædium præſtare debet. Quod ſi ultra quam impendi debeat, aliquid erogaverit, repetet ſi neceſſariæ vel utiles impenſæ, non ſi voluptuariæ, Hotom. *ibid.* de qua repetitione plenius Caſtillo *d. C.* 57.

da rei esse prius oportet. Hinc superiorum casuum distinctio, & præstatio dissimilis. Quod vi tempestatis contingit, vi externa contingit: eoque incommodum est externum, non rei, aut a re profectum incommodum. Mortuis autem arboribus, incommodum & hoc item est: sed internum & ipsius rei; fundo quodammodo in ea parte moriente, vel succum & vitam arboribus subtrahente.

XIX. De suppletione gregis sic plena definitio est in *d. L. vetus*, 68. in fin. & *LL.* 2. *seqq. D. de usuf.* Gregis, vel armenti, vel equitii, & generaliter universitatis pecorum usufructu constituto, fructuarius ex agnatis gregem [5] supplere debet: id est, in locum demortuorum vel inutilium capitum alia summittere ex agnatis: summissionis hoc effectu, ut summissa fiant proprietarii: demortua & inutilia fructuarii esse incipiant. Ostendit breviter hæc definitio, & quid hæc suppletio desideret, & quis eius sit effectus: quæ paucis explicanda sunt.

XX. Animadvertendum est igitur ex hac definitione, ut pecorum plurium usufructu semel constituto, locus sit illi suppletioni, tria desiderari.

XXI. Primum, ut sit gregis & universitatis nomine collectivo ususfructus relictus. Si singulorum pecorum ususfructus relictus erit, quanvis numero plurali, & una oratione; fructuarius in locum demortuorum vel inutilium substituere nihil debebit. *L. quid ergo*, 70. vers. *sed quod dicitur*, *D. de usufr.* Ut puta; legavit testator Titio ex suis gregibus, seu ex ovibus, quas habet, usumfructum centum, aut mille ovium. Quicumque casus erit singulorum capitum, fructuarius [6] nihil supplebit: tametsi in mille ovibus multo plus sit, quam in toto grege testatoris. Cur hæc tam varie in re, ut videtur, pari? Quia meminisse oportet non exigi a fructuario in rebus fructuariis, ut novum quid faciat, sed ut tueatur, quod accepit. *d. L. usufructuarius*, 44. in fin. *de usufr.* Hanc tuitionem oves singulæ demortuæ non admittunt; grex, quanvis ovibus quibusdam demortuis, admittit. Nam, ut iam dixi, tueri est rem, quæ est, conservare, facere ut pristinum statum obtineat: quod quidem in singulis ovibus demortuis præstari non potest. Hæ enim esse desierunt. Novas in earum locum substituere possumus: ipsas, quæ fuerunt servare aut restituere in suum statum non possumus. Gregis diversa caussa est. Quibusdam enim capitibus in grege demortuis, nihilominus idem grex manet, qui prius fuerat, etsi numero ovium imminutus. *L. si grege*, 22. *D. de leg.* 1. *§. si grex*, *Inst. de leg.* dum ne redierit grex ad eum numerum, ut iam grex esse non posset. *L. ult. D. quib. mod. usufr. am.* id est, ad pauciores, quam decem oves: qui iustus numerus putatur esse gregis. *L.* 3. *D. de abig.* Quo fit, ut ex his capitibus demortuis eumdem gregem tueri liceat. Quod si licet, restat, ut fructuarius id præstet. Quod fiet, si restituetur grex in pristinum statum & numerum. Id autem consequetur substitutione aliorum corporum, & suppletione gregis. Nec dubium est aliis in priorum locum substitutis eumdem gregem videri, qui prius fuerat. *d. L. si grege*, 22. *de leg.* 1.

XXII. Secundum desiderat hæc suppletio, ut quæ capita ex grege perierunt, aut demortua sint, aut inutilia facta, vel senio, vel vitio aliquo corporis contracto. Hoc eo pertinet, ut si ex grege capita aliqua perierint vi externa, puta, incendio, aut ruina stabuli, in quo erant, aut quia pecora sint capta a prædonibus vel hostibus, sciamus fructuarium hos casus præstare non debere, nec debere in locum amissorum alia substituere. Nam & id de arboribus vi externa tempestatis eversis placere ante diximus. *d. L. arbores*, in princ. *D. de usuf.* Cum sint hæc omnia in casibus fortuitis, si quæratur differentiæ ratio, ea utemur, quam paulo ante in substitutione arborum reddidimus.

XXIII. Tertium exigit hæc suppletio, ut sint alia capita agnata, id est, nata ex eodem grege, ex quibus fructuarius gregem suppleat. Proinde si ex grege nondum ulla nata sint post priora demortua, aut abortierint oves, aut fœtus priusquam summitti a fructuario possent, perierint, nihil fructuarius [7] supplere debebit. Cur ergo de suo supplere non cogitur? quia quidquid est incommodorum rei, ita recte exigitur a fructuario, dum præstet ex fructu. Non est enim, ut ante diximus, fructus, nisi qui deductis impensis superest. *d. L. fructus*. 7. *D. sol. matrimon.* Non sunt commoda & lucrum, nisi quæ supersunt deductis incommodis & damno.

5) Qua de re Castillo *d. Tr. de Usufr. C.* 27. ubi n. 8. gregis proprium esse non quasi usumfructum.

6) Ratio quia in his quæ numero certa & designata, non est argumento locus, ut post Connan. 4. *Comm.* 2. *n.* 5. Castillo *d. Cap.* 27. *n.* 14. addens *n.* 15. aliam rationem, quia tot sunt tunc ususfructus quot capita, idcirco unius ovis morte ille ususfructus perit.

7) Quæ sententia communis, si animalia perempta vel inutilia effecta citra culpam fructuarii. Castillo *d. C.* 27. *n.* 11. *&* *seq.* ut si forte lues gregem corripuerit.

L. Mucius, *D. pro soc.* Ita fit, ut qui propter fructum tenetur, is ultra fructum onerari invitus non debeat. Alioqui non sit ususfructus, quem habet, sed onus, res inter se plane contrariæ. Ideo Ulpianus in *L. fructus*. 7. §. *ult. D. solut. matrimon.* ait impensis, id est, incommodis ad fructum percipiendum necessariis, ex fructibus satisfaciendum esse. Neque hoc aliter exigimus in refectione ædium, aut substitutione aliarum arborum. Reficere ædes debet fructuarius suo sumptu: sed quia tantumdem, aut amplius percipit ex earum ædium usu. De quo commodo, ut vere commodum sit & lucrum, non mirum, si deducimus refectionis sumptum. Sic & arbores cum dicimus substitui debere in locum aliarum demortuarum, intelligimus substitui debere ex seminario aut ex aliis, quæ sunt alibi in fundo, aut certe ex satione fructus, quæ sine incommodo fructuarii contingere potest.

XXIV. Cum superiora tria concurrent, tunc locus erit isti suppletioni, quam a fructuario exigi diximus. In qua inest, ut fructuarius in locum demortuorum vel inutilium capitum gregis alia summittat. Summissionis effectus hic est. Prius enim, quam fiat hæc summissio; quæ in grege capita inutilia sunt, ea sunt proprietarii, ut ante. Et ex demortuis si quid superest, puta lana, aut corium, est item proprietarii, ut prius ipsæ oves, unde hæc supersunt. Quod enim ex re mea superest, meum est. *L. solum*. §. 1. *D. de rei vind.* fœtus autem agnati interim sunt fructuarii. Sunt enim in fructu. *L. in pecudum*, *D. de usufr.* Suppletione & summissione superiore secuta, hæc omnia invertuntur. Quæ summissa sunt, fiunt proprietarii. Quæ sunt demortua aut inutilia, incipiunt esse fructuarii. *d. L. vel inutilium*, 69. *D. de usufr.*

XXV. At quomodo summissa fiunt statim proprietarii? Repugnant, ut videtur, regulæ iuris de rebus transferendis. Nam primum inter vivos nulli res acquiritur alia translatione, nisi volenti & consentienti. *L. in omnibus rebus*, *D. de obl. & act.* Hic autem volumus summissa hæc capita statim acquiri proprietario, sive sciverit summissa esse, sive ignorarit. Deinde ut maxime velit proprietarius ea sibi acquiri: tamen dominium nisi re & possessione tradita non transfertur. *L. traditionibus*, *C. de pact.* §. *per traditionem*, *Instit. de rer. divis.* Hic summissa proprietario tradita non sunt, nec possessio in eum translata. Quæ cum duo desint isti summissioni; non videtur omnino summissorum dominium in proprietarium ista summissione transferri posse. Et sane non transferretur, si quid eorum deesset, quæ supra diximus. Sed & voluntas proprietarii, & possessionis translatio in hanc acquisitionem concurrunt: ut merito dicatur vel secundum superiores leges transferendi dominii summissa & suppleta etiam ignoranti proprietario acquiri. Voluntas eius tunc intellecta est, cum initio ususfructus datus est fructuario. Hic enim voluit proprietarius a fructuario omnia recte fieri, quæ ad caussam ususfructus pertinebant. Qua de caussa supra diximus curam & custodiam rei fructuariæ, omniaque, quæ ad eam curam faciebant, fructuario tanquam procuratori cuidam ab initio commissa videri. *arg. in L.* 1. in fin. *D. de usuf. quem. cav.* & *L.* 1. in fi. *D. de op. nov. nunt.* Quare & hoc voluit proprietarius, quæ summissa essent ex hac caussa, sibi acquiri: quoniam summissio hæc ut fiat in rem proprietarii, ad ius & caussam ususfructus pertinet. Nihil ad rem facit, quod cum capita summissa sunt, ignoravit. Satis est enim ab initio eum fuisse hac mente, ut vellet, quandocumque quid ex hac caussa in rem fructuariam conferretur, id sibi acquiri. Qua ratione & per procuratorem, cui generaliter de rebus nostris gerendis mandatum est, placet nobis etiam ignorantibus acquiri possessionem. *L. possessio*, 49. §. *ult. D. de acquir. poss.* item & per servum aut filium, qui in potestate est, possessionem earum rerum, quas peculiariter tenent: *quia*, inquit Paulus, *nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus*. Quod ad possessionem attinet, & hæc per fructuarium ad proprietarium translata est summissione. Nam fructuarius cum summisit alia capita eo animo, ut ea faceret gregis, cœpit gregem, & per gregem fœtus summissos nomine proprietarii possidere. Quod quis suo nomine possidet, potest alieno nomine possidere, & dum ita possidebit, possessionem transferet in eum, cuius nomine possidet. *L. quod meo*, *D. de acq. poss.* Acquirit igitur in proposito fructuarius ex hac caussa proprietario possessionem. Quare & per possessionem dominium iuxta regulam iuris, cum is dominus sit, qui possessionem transtulit. §. *ex his*. *Inst. per quas perf.* *L. traditio*. §. *ult. D. de acq. rer. dom.*

XXVI. Sed non ut summissorum ista translatio recte defenditur, ita fortasse illud

lud alterum poterit defendi, quod placet demortua & inutilia capita, quæ prius constabat fuisse proprietarii, nunc eo ignorante fieri fructuarii post summissionem. Nam quomodo, quod alterius est, sine facto eius ad alium potest transire? vetat hoc regula iuris, *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* sed maxime naturalis ratio, quæ alterius conditionem in re aliqua transferenda meliorem facere concedit: deteriorem autem facere, quod alterius fuit auferendo, prohibet. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Respondet Pomponius in *d. L. vel inutilium*, 69. *D. de usufr.* sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque desinere eius esse ex natura fructus. Recte ex natura fructus. Hæc enim exigit, ne utraque sint proprietarii, & quæ summissa sunt, & quæ sunt demortua aut inutilia. Ut enim est conditio usufructus, gregem tantum supplere debet fructuarius, non augere. Augeret autem, si novis summissis, & suppleto grege, nihilominus priora manerent gregis, & per gregem proprietarii. Quare hoc posito, ut summissa domini fiant, sequitur, ut priora quoque ex natura fructus eius esse desinant. Quod si desinunt, etiam huic naturæ usufructus consequens est, ut fiant fructuarii. Sic enim ista emittuntur extra gregem, ut tamen profecta sint ex grege. Quidquid extra rem fructuariam est, si ex re percipitur, in fructu est, & usufructus iure ad fructuarium pertinet. *L. 7.* in pr. *L. item si*, 9. in pr. *D. de usufr.* Nec mirum sit, quod proprietarii fuerat, desinere eius esse post summissionem. Nam alioqui, inquit Pomponius, & hoc prius in fructuarii persona contingit, quod enim nascitur, fructuarii est. Et cum substituitur desinit eius esse. Ergo in hac summissione fit id, quod Iulianus dicebat, & refertur in *L. quid ergo*, 70. in fi. *de usufr* ut summittere sit proprie dispertire, & dividere, & divisionem quamdam facere. Divisio in eo, ut bene Azo accepit apud Accursium, quod fructuarius utilia capita summittendo gregi assignat: demortua & inutilia sibi reservat. Sed accidit hæc divisio dominiorum non iure ipso, sed per summissionem fructuarii. Ante autem, quam nova substituerit in gregem, fœtus editi manent fructuarii, ut ab initio: ut contra demortua & inutilia proprietarii. *d. L. quid ergo*, in princ. *D. de usufr.* Unde bene dicitur ibidem in extremo, summittere esse facti. Secundum quæ, inquit Ulpianus, si ante summissionem decesserit fœtus, periculum erit fructuarii, non proprietarii, & necesse habebit fructuarius alios fœtus summittere. Recte hoc ille ex prioribus colligit. Sic enim ius est, rem suam domino perire. *L. pignus*, *C. de pign act.* Si non summittit fructuarius, quomodo teneatur, dicetur postea in commune in iure proprietarii.

XXVII. Hæc de tuitione rei fructuariæ; quod fuit primum genus eorum onerum quæ sunt in eo, ut fructuarius quid faciat. Secundum genus istiusmodi onerum versatur in oneribus ipsorum prædiorum. Quæ & ipsa onera fructuarium [8] sustinere debere dicimus: ut sunt tributa, stipendia, vectigalia, pensitationes, & intributiones publicæ, quales commemorantur, & imponuntur fructuario in *L. 7. §. 1. L. si pendentes*, 27. *§. si quid cloacarii*, *D. de usufr.* Obligationis & præstationis huius caussa eadem, quæ in genere superiore, cum de rebus reparandis agitur. Nam & vectigalia & pensitationes omnes eiusmodi publicæ, quæ prædiis imponuntur, ipsorum prædiorum onera sunt, non possessorum, nisi propter prædia. Unde in his dicuntur prædia, non personæ conveniri. *L. imperatores*, *D. de public.* Prædiorum igitur incommoda. Proinde eiusmodi, quæ agnosci debeant ab eo, cuius sunt commoda. Quinimo, ut ante dixi, non intelliguntur commoda, nisi his incommodis prius deductis. *arg.* in *d L. Mucius*, *pro soc.* Hactenus tamen hæc onera fructuarii, nisi testator ea nominatim heredi iniunxerit. *L. usufructu relicto*, 52. *D. de usuf.* Quod eo pertinebit, non ut ne possit fructuarius a fisco de his conveniri; cum, ut dixi, prædia hic conveniantur, & per prædia possessores, nec possit alieno facto ius fisci convelli. *L. inter*, *D. de pact.* sed ut si quid eo nomine præstiterit fructuarius, id possit postea repetere ab herede actione ex testamento. *arg.* in *L. epistola*, *§. pen. D. de pact.*

XXVIII. Tertium genus onerum, quæ in faciendo sunt, est in eo, ut finito usufructu fructuarius rem fructuariam restituat, ut cautione fructuaria, quæ sequitur, continetur. *L. 1. D. uf. quem. cau.* Hæc præstatio atque obligatio ex tacita conventione. Nam cum res traditur fructuario fruendi caussa, hoc ipso aperte id agi-

8) *L. 28. de Usufr. leg.* Fusiones vocantur in *d. L. 27. §. 3.* de quo vid. Briss. 3. *Antiq.* 11. Rævard. 3. *Var.* 13. & quod ob transitum exercitus confertur, *d. §. 3.* de quo vid. Rævar. 5. *Var.* 17. & 3. *Coniect.* 6. Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 29. Non autem hic distinguitur, magna sint hæc onera an modica, vid Pincl. in *L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n. 72.* Castillo *de Usuf. C. 56. n. 14. & seqq.*

agitur, ut eum frui desierit, restituat, utpote finita caussa, propter quam res tradebatur. *L.* 1. in fi. *D. de cond. sine cau.* Quibus expositis, iam tempus est, ut de cautione fructuaria, quæ istarum rerum omnium nomine interponitur, cognoscamus: quando hic maxime post illa de ea cognoscendi locus est, & nos hoc loco de ea dicturos initio polliciti sumus.

C A P. XIV.

De cautione fructuaria. Semperne seu an ab omni fructuario exigatur: Qualis sit, nuda cautio, an satisdatio: Quis hic, Cui, Quid caveat. Interpositæ quis effectus.

Cuius bono introducta; & quid contineat cautio fructuaria. I.
Rerum partitio. II.
Quocunque modo, & iure constitutus, & cuiuscunque rei sit ususfructus: cautio a fructuario, quin & ab usuario, si hic possidendo utatur, statim & initio præstanda. III.
Etiam si fuerit testamento, seu conventione remissa. IV.
Ratio, & contrariis occurritur. V. VI.
Exceptio superioris regulæ. VII.
At nec cautio qualibet, sed satisdatio illa fructuarii esse debet. VIII.
Fructuario inopi, qui & satisdatione careat, quomodo consultum. IX.
Si duo sint fructuarii: an utrique præstent, & quando, satisdationem. X.
Illis præstanda cautio, ad quos finitus redibit, aut spes fore ut redeat usus fructus. XI.
Proprietario semper: interdum heredi, aut legatario; vel utrique: & quando duobus legatariis. XII.
Quando unus alteri fructuario; & quando uterque caveat heredi. XIII.
Quæ caveat fructuarius. Duæ cautionis clausulæ seu partes, & quæ. XIV.
Summa iuris de priore cautionis parte constituti. XV.
Posterior cautionis clausula per partes exposita. Ulpianus in L. 3. §. 1. D. usufr. quem. cav. *explicatus; & cum Papiniano* L. 83. *& Paulo* L. 208. D. de R. I. *conciliatus.* XVI. XVII.
Quando, & ex quibus caussis committatur stipulatio in utraque cautionis clausula, & quatenus factum ut recte instituatur petitio eius quod exstabit. XVIII. XIX.
Ex priore cautionis parte, stipulatione commissa in id quod interest, semper potest agere proprietarius: in alteram partem cautionis si committatur stipulatio, res distinctione temperanda; & quatenus. Exponitur L. si fructuarius 4. D. usufruct. quemad. cav. XX. XXI.

I. HUius cautionis introducendæ ratio manifesta est. Nam cum, ut initio de oneribus fructuarii præfati sumus, sic fructuarius rem accipiat fruendi caussa, ut accipiat alienam, in qua bonam fidem præstare debeat, ut virum bonum decet; & quam eamdem finito usufructu debeat restituere proprietario: est æquissimum, utriusque rei nomine proprietario idonee cautum esse: ut sicuti fructuarius uti frui debet, sic proprietatis dominus securus reddatur de proprietate, quo scilicet ambobus in commune consulatur. Hoc in *L. si cuius*, 13. in princ. *D. de usufr.* Hæc securitas præstatur in futurum proprietario, cum quas res fructuarium ususfructus nomine præstare oportet; eas ita fore idonee cavet fructuarius. Eas res duas esse in summa, ex superioribus intelligimus. Unam, ut fructuarius in fruendo ita se gerat, ut bonus paterfamilias faceret in re sua. Unde & prius hoc ab eo exigebamus: *L. sed cum 65. D. de usufr.* Alteram, ut finito usufructu rem recte restituat. Ergo & hæc æquitas edicto prætoris constituta est, & cautio in eam rem inducta, quæ utramque illam partem complecteretur. De quo ita edicto cautum legimus, ut ad quemcumque ususfructus alicuius rei pertinebit; is ab initio desideranti ei, ad quem ususfructus rediturus est, caveat, se boni viri arbitratu usurum fruiturum, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit. Summa edicti & cautionis tradita in *L.* 1. *D. usufr. quem cav.* In hac cautione multa occurrunt, quæ quærantur, in quibus est huius iuris explicatio, & argumentum Tituli *D. usufructuarius quemadmodum caveat.*

II.

II. Summa autem, & series naturalis quærendi hæc est: Primum an semper fructuarius ita cavere debeat. Secundo loco, si debet, qualis sit hæc cautio, utrum nuda repromissio, an etiam satisdatio. Tertio cum ad cavendum ventum erit, quis caveat. Quarto cui cavendum. Quinto quid cavendum, seu quid contineatur cautione. Postremo interpositæ cautionis quis sit effectus, seu quando committatur, & quid tribuat proprietario cive, qui stipulatus est.

III. Primum igitur an semper fructuarium cavere oportet? Et placet hanc cautionem ad omnem usumfructum pertinere, ut est in *d. L. si cuius*, 13. in princ. *de usufr.* Quod nihil aliud est, quam omnem fructuarium cavere isto modo debere. Idque ita est, cuiuscumque rei usufructus relictus sit, sive mobilis, sive soli: item quocumque modo usufructus sit constitutus, sive lege, sive [1] testamento, sive pactionibus, sive a iudice. *L.* 1. *§.* 1. *D. usufr. quem. cav.* Itaque etiam si quis usuceperit usumfructum, quomodo etiam usumfructum acquiri diximus; recte dominus proprietatis ab eo exiget cautionem. Sed nec interest, utrum iure ipso constitutus sit usufructus, an per tuitionem prætoris, ut est in *L. si usufructus*, 9. *§. illud*, *D. eod.* id est, ut olim differentia legatorum & fideicommissorum fuit, nihil interest, sitne legatus usufructus, an per fideicommissum relictus. *L. si quis usumfructum*, *D. de usufr. leg.* Ut autem etiam hodie interpretatio quadrare potest, nihil interest, utrum sit constitutus a vero domino, quod sit ipso iure & civili: an vero in fundo vectigali, aut in superficie ab emphyteuta vel superficiario, qui vere domini non sunt; eoque si quid iuris habent in supra scriptis rebus, aut si quid in his alii constituunt, valet tantum tuitione prætoris, ut hoc explicatur in *L.* 1. in princ. *D. quib. mod. us. amit. L.* 1. *§. ultim. D. de superf.* Ne illud quidem retulerit, utrum aperte usufructus legatus sit; an vero quid, quod sub alia appellatione usufructus vim habeat: ut si habitatio, si operæ hominis, vel cuius alterius animalis relictæ sint: si [a] messis aut vindemia in singulos annos alicuius fundi legata. *L.* 4. *§. ult.* & *L.* 5. *D. usufr. quem. cav.* Quinimo etsi non usufructus constitutus sit, sed usus tantum, qui haberi non possit, nisi possessione rei usuario tradita; placet ab eo eadem de caussa hanc cautionem interponi debere. *L.* 4. *§.* 1. *L. penult. D. eod.* Interponi debere cum dicimus, hoc intelligimus, quod & monuimus iam supra, nisi desiderante eo, ad quem res pertinet, ante omnia interposita fuerit; fructuario actionem denegari. *L. si cuius*, 13. in princ. *D. de usufr.*

IV. Adeo autem visa est hæc cautio ad onus & officium fructuarii pertinere, ut placeat nec testamento illam satisdationem [3] remitti posse, ut boni viri arbitratu utatur fruatur is, cui usufructus relictus est. *L. scire*, *C. ut in poss. leg.*

V. Quod tamen parum liquet. Nam primum generaliter traditum est, quidquid caverit testator de re sua, id ius ratumque esse. *L. verbis*, *D. de verbor. signific. Nov. de nupt. §. disponat*, *L.* 1. *C. de sacros. eccl.* Sed hoc perpetuam hanc exceptionem habet, nisi si quid caverit testator, quod sit contra ius aut bonos mores. *L. nemo*, 55. *L. si quis inquilinos*, 112. *§. penult. D. de leg.* 1. Bene autem vulgo sic huius cautionis remissio habita est, quasi quæ sit contra bonos mores, utpote, eiusmodi, quæ, amoto huius cautionis metu, invitet fructuarium ad delinquendum, nempe ad abutendum re fructuaria, & pro libidine in ea grassandum. Cuius generis iussa & pacta quæ sunt, hac de caussa tanquam turpia iure improbantur. *L.* 5. *D. de pact. dot. L. si unus*, *§. pacta*, *D. de pact.*

VI. Sed & nos in hac re illud remoratur, quod traditur in *L.* 2. *C. ut in poss.*

1) Etsi non testamento, sed contractu *L.* 4. *de usufr.* ubi tatio dubii quia prætor edicto suo nominatim de legato usufructu loquutus, ut ex *L.* 1. *princ. h. t.* arguit Hotom. ad *d. L.* 4. item quod in stipulationibus quæ verbis non expressa, omissa videntur, & quod pacti obscuritas nocet venditori, Hotom. *ibid.*

a) In qua *L.* 6. Connan. 4. *Comm.* 5. censet vel negatione adiecta legendum *non percipiantur*, vel pro *quamvis quoniam*. Quod refellit Rob. 1. *Rei. Lect.* 19. quia coniungitur *d. L.* 6. cum fine *L. praced.* ubi dicitur stipulationi locus esse in habitatione vel operis legatis, licet usumfructum non per omnia imitentur. Subiicitur in *d. L.* 6. in vindemia vel messe itidem locum esse stipulationi, & hæc quoque non per omnia usumfructum imitari, licet ex usufructu percipiantur. Nam quia hoc legato messis fructus sine usu relictus, per *L.* 58. *§.* 1. *de usufr.* ideo non potest dici quod imitetur per omnia usumfructum, licet illi proxima hæc sint, quia ex eo percipiuntur vindemiæ ac messes, ac usui & fructui rei detrahuntur. Ita Robertus.

3) Quæ sententia receptior Clar. *§. testamentum Q.* 64. Gail. 2. *Obser.* 145. Castillo *de Usufr. C.* 15. *n.* 1. (Ad quod tamen probandum *DD. L.* 1. *C. de usufr* abutuntur, quæ loquitur de cautione ex SCto in quasi usufructu præstanda. Hotom. *ibid.* A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Princ.* 7. *Illat.* 7.) Et consentit. P. Fab. *ad L.* 94. *de R. I. p. m.* 435. ut tamen adiectio illa cautionis remittendæ pro redundanti & non scripta sit, nec legatum usufructus vitiet, & Gæd. ad *L.* 30. *de V. S.* Bron. 1. *Ass.* 89. Et nec inventarii confectionem remitti posse volunt DD. quibus accedit A. Fab. *d. Princ.* 7. *Illat.* 7. quia fieri nequit restitutio arbitrio boni viri, nec sciri potest quomodo fruitus sit, nisi ex inventario liqueat, quid & quantum ei traditum.

poss. leg. cautionem seu satisdationem, quæ legatorum nomine exigi solet ab herede iure publico, voluntate testatoris remitti posse. Cur ergo non item & ea, quæ eodem iure fructuario iniungitur; præsertim cum utraque sit de re privata, & ad ius defuncti pertinente? Nempe ideo quod non item posterioris huius satisdationis remissio invitat heredem ad delinquendum, ut prioris illius remissio fructuarium. Nam res legata, utcumque remittatur heredi satisdatio legati nomine; non ideo tamen traditur heredi fruenda, ut quis dicat per occasionem huius concessi iuris posse eum in re legata licentius versari invito legatario: sed res pleno iure manet legatarii. Contra res fructuaria, ut est ius usufructus, semper traditur fructuario utenda fruenda. Qua potestate accepta, nisi ipse metuit superioris satisdationis pœnam; facile futurum est, ut ea impunitate ad licentiam in ea re grassandi abutatur. Quæ si ratio huius cautionis remissionem in testamento inhibet; non est, quod dubitemus & tunc cautionem eamdem frustra remitti, cum [4] conventione ipsa proprietarii inter vivos remittitur. Non enim minus & tunc invitat remissio fructuarium ad idem delinquendum: nec minus iure irritæ sunt huiusmodi conventiones, quam supremæ voluntates. Quinimmo quod ea, quæ ad delinquendum invitant, iure improbari ante diximus, de pactis & conventionibus potissimum scriptum est in *d. L. 5. D. de pact. dot. d. L. si unus, §. pacta. D. de pact.* Hoc quidem & Bartolus ista ipsa ratione usus sibi videri satis ostendit ad *L. 1. C. de usufr.* sed non est ausus quidquam affirmare. Nos in ratione manifesta, quæ istas species coniungit, affirmandi temeritatem non reformidabimus.

VII. Ad omnem igitur usumfructum, & omnem fructuarium, ut cœpi dicere, hæc cautionis necessitas pertinet. Sed cum sit in aliis omnibus ius perpetuum, hic nobis duo excipiendi sunt, quibus hæc cautio remittitur. Primum pater in usufructu bonorum adventiciorum filiifamilias. Remissa huic cautio constitutione Iustiniani pro iure veteris dominii, quod plenum illi olim in his bonis acquirebatur. *L. cum oportet, §. non autem. L. ult. § sin autem legata, C. de bon. quæ lib.* Deinde & is, cui usufructus pure, proprietas ex die legata est. *L. si usufructus, §. plane. usufr. quem. cav.* Placuit huic remittendum cautionem, quia non sit necessaria: sive quod nihil intersit heredis, quid de proprietate futurum sit, quæ non ad ipsum, sed ad fructuarium, heredemve eius certo reditura est: sive quod cum agatur res fructuarii: non est probabile ipsum deterius aliquid in ea re in perniciem suam esse constituturum. Hoc recte ex edicti sententia, cui propositum fuit hac cautione proprietario consulere.

VIII. Cum locus erit huic cautioni, qualem hanc cautionem esse volumus, nudamne, an satisdationem? Et in *L. 1.* ac prope toto Titiulo, *usufructuarius quem. cav.* nihil amplius exigitur, quam ut fructuarius cavêat. Unde & *inscriptio ipsa* de cautione. Quo verbo hoc continetur, ut fructuarius stipulanti repromittat ea, quæ diximus, nec quidquam præterea, si nihil adiicitur amplius. *L. sancimus, C. de verbor. signific.* Unde & crebra stipulationis mentio in *L. 1.* & deinceps, *eod. tit.* pro cautione fructuaria. Sed constat satis ex aliis locis satisdationem hic exigi a fructuario edicto prætoris, ac nisi detur, denegari ei usumfructum. *d. L. si cuius, 13.* in princ. *de usufr. L. etsi, D. usuf. quem. cau. L. 4. C. de usufr.* Est autem satisdatio cautio quidem & stipulatio; sed cautio idonea fideiussoribus datis, qui idem adpromittant. *L. 1. D. qui satisd. cog.*

IX. Quid, si fructuarius, diu quæsito fideiussore, reperire non possit? an quia satisdare non potest, usumfructum amittet? Non sane amittet: sed generaliter scriptum est in *d. L. si cuius, 13. de usufr.* non prius dandam actionem fructuario, quam satisdederit. Et ibidem additur ratio, quia *proprietatis dominus securus esse debeat de proprietate*. Id autem fieri non potest sine satisdatione. At videamus, dicat aliquis, ne sit iniquum exigi a quoquam, ut præstet, quod non potest. Et vero regula iuris prohibet, quæ dictat, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, D. de reg. iur.* Sed nihil hæc defensio ad hunc locum. Non enim petitur a fructuario satisdatio tanquam id, quod debeat; alioqui sane dum præstare non posset, recte recusaret: sed, satisdatione non præcedente, recte dicitur, non competere illi usufructus persecutionem aut retentionem; etiamsi casu, non voluntate aut culpa eius fiat, ne satisdet. Dantur enim hæc, idest usufructus

4) Diff. Gall. 2. *Obs.* 145. *n.* 12. Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. p.* 2. *n.* 76. & aliis laudatis Castillo *d. C.* 15. *n.* 14. *& seqq.* qui & reiecta ratione vulgari remissionis reprobatæ, quod invitet ad delinquendum, aliam adfert, *n.* 30.

ctus actio, & retentio sub conditione, si ille satisdederit proprietario, ex hoc edicto. Non satisdante eo, conditio non existit. Conditione actionis non exsistente, nulla esse potest actio. Humanum tamen videtur, si constet fructuarium esse plane pauperem, quem verisimile sit fideiussorem non facile posse reperire, & ususfructus ædium vel fundi relictus sit: adhiberi remedium id, quod in simili re proponitur in *L. sed si is*, 5. *§. quoties*. *D. de Carb. ed.* ut scilicet detur fructuario res fruenda, sine satisdatione quidem, ut contenti simus nuda cautione, sic tamen, ut proprietarius iubeatur esse in possessione rei fructuariæ tanquam custos & observator, qui det operam: ne quid res detrimenti capiat. Aut si hæc custodia parum tuta videtur, aut non placet; constituatur † curator, per quem bona administrentur. In quo licet usurpare illud Ulpiani ex *L.* 2. *§. quamquam*, *D.* de aq. plu. arc. *hæc æquitas suggerit, etsi iure deficiamur.*

X. Cum ad cautionem ventum erit, prima erit quæstio de personis, inter quas interponatur. Quis ergo cavebit? Et de fructuario nunc agimus. Hunc ergo cavere debere, & solum cavere certum est. Sed pluribus constitutis fructuariis interdum dubitatur, utrum omnes cavere debeant, an unus tantum. Quod accidit in hac specie, cum testator legavit usumfructum Primo, eumque rogavit, ut restitueret Secundo. Hic enim quæritur, an ambo illi cavere debeant, Secundus quidem Primo; Primus autem heredi: an solus Secundus heredi, quia ad solum Secundum vere ususfructus pertineat. Et placuit solum Secundum recta cavere debere heredi: a Primo non exigendam cautionem. *L. si ususfructus*, 9. in princ. *D. usufr. quem. cav.* Hoc ideo, quia Primus in hac specie non est legatarius aut fructuarius; sed solus Secundus, ad quem per Primum pervenit ususfructus. Non enim videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere. *L. non videtur quisquam*, *D. de reg. iur.* Sed *ibidem*, idest, in *d. L.* 9. adiicitur hoc ita esse, nisi aliquo casu ususfructus in persona Secundi amissus redire possit ad Primum. Finge repetitum esse Primo usumfructum, idest, Secundo usumfructum amittente, iterum usumfructum legatum Primo. Quo casu hic ordo cautionis futurus erit, ut Secundus caveat Primo; Primus heredi seu domino proprietatis.

XI. Cui cavendum? Ei ad quem finitus ususfructus rediturus est, aut spes est redditurum esse. Definitio, quæ exemplis explicatur in *L. si tibi*, *D. eod.* Duo sunt autem, ad quos ususfructus finitus redire potest: proprietarius semper; alius fructuarius interdum.

XII. Ad proprietarium semper redit finitus in totum ususfructus. *§. ult. Inst. de usufr.* Proinde proprietario semper cavendum: & si plures erunt, singulis pro sua parte. *L.* 9. in fin. *D. de usufr. quem. cav.* Res autem sic transigitur. Si testator legavit alicui usumfructum, fructuarius cavebit heredi: *L. si servi*, *D. eod.* quia apud heredem manet proprietas: Si alii legata erit proprietas pure, huic soli cavebit fructuarius: Si legata erit sub conditione, fructuarius & huic cavebit, & heredi, *L. si tibi*, *D. eod.* Huic; quia ad eum proprietas perventura est, si conditio extiterit: Heredi: quia apud eum mansura est proprietas, si conditio defecerit. *§.* 1. *Inst. de usufr.* Potest autem contingere alterutrum; & utrum accidat, incertum. Proinde ob spem futuri eventus utrique cavendum. Si duobus proprietas legata sit gradatim; puta Primo pure; deinde Primus rogatus est Secundo restituere post tempus: fructuarius & Primo & Secundo cavebit, quia potest amissio ususfructus incidere in tempus tam huius, quam illius proprietarii. *d. L. si tibi*, *eod.*

XIII. Ad fructuarium alium redire potest ususfructus amissus, cum duobus eiusdem fundi ususfructus legatus est. Nam inter hos est ius accrescendi, quo fit, ut in unius persona amissus ususfructus alteri coniuncto accrescat. *L.* 1. & deinceps, *D. de usufr. accr.* Ideo placet hos fructuarios invicem sibi cavere debere, & ambos cavere debere heredi in illum casum, si ad socium non pertineat ususfructus. *d. L. si tibi*, in fin. *D. eod.*

XIV. Quid caveatur, contineaturve cautione fructuaria cautio supra proposita ostendit. Habet igitur, inquit Ulpianus, hæc stipulatio duas caussas, id est res duas, propter quas tanquam caussas hæc cautio interponitur: quæ totidem clausulis comprehensæ sunt. Una est de utendi modo; alte-

† 5) Hæc sententia, præ aliis tribus, quadrifariam enim variant hic DD. benignior videtur Fachineo 8. *Contr.* 40. cum hac ratione utrique consulatur ac pro ea adducitur, *L. hac edictali* 6. *§. his illud* 1. *cir. med.* vers. *vel certe si fideiussiones* C. *de sec. nupt.* Et secundum eam in supremo imperii tribunali iudicatum, Mynſ. 6. *Obſ.* 48. Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 3. vult rem sequestrandam esse penes tertium, ut inde fructus percipiat fructuarius, vid. & lo. de Castillo *de Usufr. C.* 18.

altera de restituendo usufructu. *L.* 1. *§. ult. D. eod.*

XV. Prior est, qua cavet fructuarius se boni viri arbitratu usurum fruiturum. *d. L.* 1. in princ. & *§. cavere.* His verbis hoc cavet, quæcumque *superiore Capite* diximus fructuarium præstare debere, excepta restitutione, & cautione, ea omnia se præstaturum. Hæc enim arbitraretur vir bonus proprietario præstari debere: & ideo arbitraretur, quia ad officium boni viri, qui in re aliena versaretur, & inde fructum perciperet, omnia pertinent. Inest autem in summa in eo, ut fructuarius non facit in re fructuaria, quæ eum facere non debere diximus: puta, ne re abutatur contra conditionem rei ea utendo; ne rem transformet; ne deteriorem faciat: & rursum ut quæ facere eum debere diximus, ea faciat, id est; ut omni diligentia rem asservet, ne pereat, aut deterior fiat; ut quæ reparatione indigent, reparet; ut vectigalia & publicas pensitationes, si quæ sunt, agnoscat. Quocirca, ut breviter complectamur, quæ de his oneribus supra diximus, omnia sunt in hac parte, & huius partis explicationem continent. Ideo hæc pars ad eadem illa genera duo summa redigi ab Ulpiano videtur in *d. L.* 1. *§. cavere, eod.*

XVI. Altera clausula est de restitutione, qua cavet fructuarius se, *cum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit, d. L.* 1. in princ. *Restituturum*, non daturum, quia dominus rem suam inutiliter sibi dari stipularetur. *d. L.* 1. *§. ult. L. nemo, D.* de verbor. oblig. *Quod inde exstabit*; ut contineatur his verbis non solum res fructuaria, quæ tunc exstabit: sed etiam æstimatio rei fructuariæ, si qua forte facto aut culpa fructuarii perierit, aut deterior facta sit. Hanc æstimationem cum præstet fructuarius ob rem fructuariam, non male dicetur æstimatio ex re fructuaria exstare. Et hoc sensit Ulpianus in *d. L.* 1. in fin. *D. usufr. quem. cau.* cum huiusmodi æstimationem ad hæc verba retulit. Sequitur, *Cum usufructus ad eum pertinere desinet.* Desinit pertinere, qui aliquando cœpit, & fuit fructuarii. Qui nunquam eius fuit, non potest dici desinere ad eum pertinere. *L. non potest videri desisse. L. non videtur rem, D. de regul. iur.*

XVII. Ait tamen Ulpianus desinere pertinere usumfructum, etiam si nec cœperit pertinere. *L.* 3. *§.* 1. *usuf. quem. cau.* sentiens, si cui res sit tradita fruendi caussa ante, quam ususfructus deberetur, & idem caverit se restituturum, quod inde exstabit, cum ususfructus ad eum pertinere desierit; nihilominus fore, ut committatur stipulatio, si ante quam dies usufructus cederet, ii casus inciderint, quibus amitteretur cœptus ususfructus. Finge legatum usumfructum ex calendis Iuniis. Ante eum diem nec debetur ususfructus. *L.* 1. *§. ult. D. quand. di. us. leg. ced.* Verumtamen heredem, ut gratificaretur legatario, fundum tradidisse fruendi caussa ex calendis Martiis, quo commodius fundum colere posset ad reliqui anni fructum percipiendum: & cavisse sibi solemni stipulatione, qua fructuarius caveret inter cætera, se cum ususfructus ad eum pertinere desiisset, restituturum, quod inde exstabit. Legatarium autem ante calendas Iulias, quo die incipiebat ususfructus, decessisse. Si quæratur, an heredes legatarii ex superiore cautione conveniri possint, quasi exstiterit stipulationis conditio, respondet Ulpianus posse. Quod quidem ab illo non dicitur ex verbi significatione, sed ex sententia contrahentium. De verbi significatione illa dicta sunt, non posse videri desiisse rem habere, qui nunquam habuit: item non videri rem amittere, cuius propria non fuit. *d. L. non potest videri desisse.* Et d. *L. non videtur rem, D. de reg. iur.* At sententia [6] contrahentium est, ut ex superiore casu etiam cautio illa committatur. Plus enim iuris est legatario in re, cuius aliquando usumfructum habere cœpit, etsi postea finitum, quam in ea, cuius nunquam usumfructum habuit. Quare si hoc actum est verbis, ut quanvis habere cœpisset, tamen restitueret, si ad eum pertinere desiisset; multo magis id actum est, ut si nondum cœpisset pertinere, rem restitueret iis casibus, quibus cœptum usumfructum, si esset finitus, restitui oporteret. Datum est proprietario priore casu rem recipere, quod plus est. Datum igitur recipere & posteriore, quod est minus. Non debet, cui quod plus est, licet, quod minus est, non licere. *L. non debet cui, D. de reg. iur.* Non est hoc comprehensum verbis aperte: sed constat esse actum & sensum, ut fieret. Semper in stipulationibus & cæteris contractibus id sequimur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus, D. de reg. iur.* Definit autem ususfructus ad fructuarium pertinere,

6) Expeditissime. Nec igitur credendum in re sensui communi obvia Ulpian. *d. L.* 3. §. 1. & Paulum *d. L.* 208. expressis verbis diffidere, ut scribit Forst. *Lib.* 3. *de Success.* C. 21. *p.* 4.

re, cum suis modis amittitur. Amittitur autem pluribus, de quibus postea. Et quoniam in his cautione nihil excipitur: idcirco omnes ii casus, quibus usufructus amittitur, stipulatione continentur. *L.* 3. in pr. *D, usufr. quem. cav.* Aliter concepta cautio de ususfructu earum rerum, quæ usu consumuntur. Hac exprimi debent tantum duo casus, mortis & capitis deminutionis, quoniam earum rerum usus aliter amitti non potest. *L. etsi*, in fin. *D. usufr. quem. cav.*

XVIII. Vis & effectus cautionis is, qui cæterarum stipulationum, ex quibus quid sub conditione debetur, ut scilicet committatur hic stipulatio existentibus conditionibus singularum partium propriis. Ita enim ius est omnis conditionalis stipulationis, ut existente conditione committatur stipulatio, id est, in ea caussa esse incipiat, ut ex ea agi possit. *§. sub conditione, Inst. de ver. obl.* Sic ergo ex priore capite cautionis actio futura est. In his, quæ ex hac parte præstare debet fructuarius, quædam sunt in non faciendo, veluti, ne contra conditionem rei re utatur, ne rem deteriorem faciat. Tunc committetur ex hoc genere stipulatio, cum fructuarius adversus ea quid fecerit, puta contra utendo, aut rem deteriorem faciendo. Hæc enim conditio est, sub qua ex stipulatione agere liceat, si pactio servata non sit: & committetur in id, quod stipulantis interest hæc facta non esse. *§. ultim. Inst. de verbor. obligat.* Quædam sunt contra, quæ fructuarius facere debet: ut rem omni diligentia custodire, ne pereat, aut deterior fiat; rem collapsam restituere; onera prædiorum sustinere. Ex his caussis committetur adversus fructuarium stipulatio, cum quid eorum factum non erit. Hæc enim rursum est conditio, qua in hoc genere ex stipulatione agere liceat, si factum non sit, quod debuit. *d. §. ultim. Instit. de verbor. obl.* & committetur item in id quod stipulantis interest, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus. *d. §. ult. L. stipulationes non*, verf. *Celsus. L. si pœnam*, *D. de verb. oblig. L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re iud.* Et quoniam varie adversus ista peccari potest a fructuario, & sæpe: sequitur, ut quoties id factum erit, toties in id, quod ob eam caussam interest, committatur stipulatio. *L.* 1. *§. ult. D. usufruc. quem. cav.* Ex posteriore parte cautionis, quæ est de restituendo usufructu, committitur similiter, cum conditio extiterit. Est autem hæc conditio, cum usufructus ad fructuarium pertinere desierit. Quæ conditio quando extiltat, & quid ea contineatur, ante exposui.

XIX. Apparet autem ex verbis, agi tantum ex hac parte, ut restituatur, quod ex usufructus caussa extabit. Hinc dubitatio, quomodo consequamur, ut id recte petere liceat. Non enim satis est dicere aliquid extare. Certum dicere oportet, quod extet, & id certum petere: alioqui non erit edita actio, ubi non intelligat reus, quid a se petatur, ac proinde nec possit scire, utrum cedere, an contendere debeat. *L.* 1. *D. de edend. L. edita*, *C. eod.* Nec certum id dicere satis est: sed cum dixeris, probare oportet. Atqui hoc probari non potest, nisi constiterit, quantum ab initio traditum sit fructuario fruendi caussa; ut dici possit ex rebus traditis hoc extare; illud non extare. Porro cum usufructus datur fructuario, & maxime cum est usufructus omnium bonorum, non solet in res singulas inquiri, quæ & quales tradantur: & ut id sciatur ab initio, tamen si diu duret usufructus, earum rerum memoria aut probatio interire potest. Quid ergo hic fiet? Danda est opera initio, ut de iis quæ tradita sunt, quæ & qualia sint, probatio suo tempore possit extare. Ut ergo id fiat, consilium datur ab Ulpiano in *L.* 1. *§. recte*, *D. usufr. quem. cav.* ut proprietarius & legatarius ab initio in testatum redigant, quæ & quales res sint, cum frui incipit legatarius: ut inde possit, inquit, apparere, an & quatenus rem peiorem legatarius fecerit.

XX. Ex priore parte huius cautionis semel commissa stipulatione, quia non committitur, nisi in id, quod proprietarii eiusdemque stipulatoris interest; fit, ut semper possit in eam ipsam summam agere, quanvis postea proprietas ab eo recesserit. Semel enim commissa stipulatio resolvi non potest. *L. habere*, in fin. *D. de evict.* Ex posteriore autem parte, quæ ad restitutionem usufructus pertinet, quanvis finitus sit usufructus, eoque & secundum verba commissa sit stipulatio: non tamen semper ex ea stipulatione agi potest. Alias stipulatio constituitur proprietario iure ipso inutilis etiam ante finitum usumfructum: alias stipulatione finito usufructu ipso iure commissa, actio hinc nata exceptione removetur. Inutilis ipso iure constituitur illi stipulatio, si is alienaverit proprietatem, & postea amittatur usufructus. *L.* 3. *§. ult.* in fin. *D. usuf. quem. cav.* Nam ad alium quam proprietarium non potest finitus usufru-

eius redire. *§. ult. Inst. de usufr.* Hic autem qui alienavit, iam proprietarius non est: & quidem sua voluntate & facto desiit habere proprietatem. Quare hic ex stipulatione restitui sibi usumfructum petere non potest, multoque minus eius successores. Potest quidem ususfructus novo domino restitui, quo etiam non restituto potest dominus rem suam vindicare. Sed ex stipulatione superiore agere ad restitutionem ususfructus non potest, quia ipse ad stipulationem non pertinet, id est, quia nec stipulatus est ipse, aut stipulatione comprehensus, nec stipulatio ad eum transit, qui non est heres stipulatoris. Hæc ad hanc sententiam in *d. L.* 3. In fin. *D. usufr. quem. cav.*

XXI. Ipso iure nata actio ex hac parte nihilominus exceptione removetur duobus casibus. Uno, si amissus quidem erit ususfructus, sed amissus repetitus, idest, ita legatus, ut vellet testator usumfructum eidem legatum, quoties amissus esset. *L.* 3. *§. si ususfructus, D. usufr. quem. cav.* Sic enim amisso semel usufructu necesse est secundum verba committi stipulationem; sed obstat repetenti voluntas testatoris, qui amissum restituit, facitque ut perinde sit, quasi non esset amissus: unde exceptio. Alter casus est, si proprietas sine facto stipulantis ad fructuarium ipsum pervenerit. Ut in hac specie, si testator usumfructum Titio legaverit, & sub conditione, si liberos haberet, proprietatem. Amisso ex hac conditione usufructu, quia scilicet legatarius liberos suscepit; & ususfructus cum proprietate coniunctus finitus est: placet ipso quidem iure committi stipulationem; quia verum sit amissum esse usumfructum sine facto & voluntate stipulantis proprietarii: verumtamen exceptioni locum esse. *d. L.* 3. *§. si ususfructus, eod.* Exceptio ex eo, quod utcumque redierit ususfructus ad fructuarium, ad priorem proprietarium reverti non potest, ut qui desierit proprietatem habere, nec revertitur finitus ususfructus, nisi ad proprietatem. *§. ult. Inst. de usufr.* Interest ergo, utrum proprietatis dominus proprietatem voluntate alienaverit, an amiserit nolens translatam in alium iudicio testatoris. Ut priore casu evanescat illi stipulatio ipso iure: posteriore ita committatur iure, ut actio exceptione infirmetur. Iuxta quam distinctionem accipi debet, quod in *L.* 4. *D. usufr. quem. cav.* scribitur de fructuario, qui proprietatem adsecutus fuerit, adversus hunc scilicet inutiliter ipso iure agi, si boni viri arbitrium huc usque porrigitur, aut eum in factum excipere debere. Utrumque simul verum esse non potest, cum non sit exceptio, nisi adversus actionem iure civili comparatam. *Inst. de exc.* in pr. & deinceps. Sententia igitur sic accipienda est, ut modo hoc, modo illud possit contingere varie, prout res & caussa alterutrum postulabit. Id quando accidat, in superiore distinctione positum habemus.

C A P. X V.

Remedia proprietario prodita cum ad onera usufructus a fructuario exigenda; tum ad servitutem usufructus a se removendam, si se eam debere neget: Et in eo de Negatoria actione.

Nexus rerum. I.
Duo partitionis capita. II.
Constituta domino proprietatis adversus fructuarium 1. *rei vindicatio, ad rem suam vindicandam. Si ille contra rei conditionem utatur fruatur, aut eam mutet, quin tamen deteriorem faciat, & ad alia exigenda præstationis munia.* III.
2. *Actio ex cautione fructuaria domino prodita, si rem deteriorem fructuarius reddidit; (quæ alia adversus eundem ex isto capite remedia).* IV.
Item si rem, non facto quidem, sed negligentia perdidit; aut fecit ex ista caussa deteriorem, aut aliam quamcumque præstationem neglexit. V.
Item, si rem non restituit, usufructu finito: & quando etiam rem vindicare, aut condicere condictione sine caussa possit isto nomine proprietarius. VI.
Cavere detrectanti fructuario, nondum tradito usufructu, negatur actio. Secus, est adversus illum rei vindicatio. VII.
Sed & est adversus eundem condictio sine caussa; & quatenus. Locus Ulpiani exponitur. L. 7. *princ.* in fin. D. usufruct. quemadm. cav. VIII.
Adversus eum, qui usufructus controversiam domino facit, est actio negatoria. Quid illa. Ulpiani loco L. 5. *princ.* D. si usufr. pet. *occurritur ex eodem Ulpiano* ibidem. IX.
Eadem proprietatis domino competit sive possidenti, sive non possidenti. Quis eius effectus; & quale in ea Iudicis officium. X.

I. CUm sint hæc onera fructuarii, quæ ante ostendimus: apparet omnia esse eiusmodi, quæ constituta sint proprietarii caussa: quæ in summa huc spectant, ut & constante usufructu rem salvam habere possit, & finito talem possit recipere. Parum hoc intelligi, ut proprietario consulatur, nisi & huic sua remedia sint, ad ea quæ in hac re sint, obtinenda. Quare & de his breviter dicemus. Et quoniam hac parte id agitur, ut illi de usufructu consulamus: adiiciemus hic etiam, quod in totum ei prosit adversus eum, qui usumfructum in re vindicet.

II. Aut igitur proprietarius usufructu concesso superiora onera & præstationes exiget, aut in totum usumfructum pertinere negabit ad eum, qui se fructuarium dicit.

III. Si superiora onera ut a fructuario exiget, hæc ordine remedia sunt in singulis eorum onerum partibus. Si fructuarius contra conditionem rei re utetur, aut si etiam eam ita mutabit, ut his rebus non aperte rem deteriorem faciat; ut nonnunquam aliquid mutando melius reponit: nihil proprietario ad hæc mutanda prodesse potest stipulatio fructuaria: quippe quæ solum committatur in id, quod stipulantis interest, ut supra diximus. Ac nec de damno ulla hic potest esse actio, postquam nullum hic damnum datum esse proponimus. Sed hoc erit remedium. Rem suam proprietarius vindicabit, & si obiicietur ei exceptio de re usufructus nomine tradita, exceptio † replicatione doli mali elidetur. Dicetur enim fructuario: non recte tibi usufructus nomine rem defendis, qui non uteris ea, sed abuteris. Hoc quidem remedium proditum est adversus eum, qui contra officium fructuarii cautionem non præstat. *L. etsi, usufr. quem. cav.* Nihil caussæ est, cur id non recte transferatur ad ea omnia, quæ fructuarius pro conditione usufructus præstare debet, neque præstat.

IV. Quod si is rem deteriorem faciet, hic locus esse incipit cautioni fructuariæ, ut ex ea agi possit in id, quod proprietarii interest, ut est potestas stipulationis faciendi. Sed & hic extra cautionem eadem remedia sunt adversus fructuarium, quæ adversus cæteros omnes, qui rem alienam deteriorem fecerunt: quæ & su-

pra

†) Quando propterea, quod non arbitrio boni viri utitur, iure suo privetur fructuarius, vid. Io. del Castillo de Usufr. C. 21. & seqq.

pra breviter indicavimus *huius Libri Cap.* 13. puta, ex lege Aquilia de damno dato; & si opere facto nocitum sit, interdictum quod vi aut clam. In servis etiam servi corrupti; item & iniuriarum, si servum torquendo deteriorem fructuarius fecerit. *L. si cuius*, 13. *§. de praeteritis*, *L. cum usufructuario*, 66. *D. de usuf.* Si rem intervertet, etiam furti adversus eum actio est; item & condictio furtiva. *d. L. si cuius*, *§. de praeteritis*, *L. ult. D. usufr. quem. cau.*

V. Si fructuarii non facto, sed negligentia res perierit, aut deterior facta sit; cessant superiores actiones de damno dato, deque eo quod alienae rei nocitum esse dicetur; quae competunt adversus eum, qui fecit, quo damnum daretur, non qui rem neglexit. Ideo ne propter superiora facta existimetur non necessaria cautio fructuaria, ad hoc certe genus damni necessaria est. Ad hoc enim lex Aquilia & similes de damno non pertinent. Ex hac autem cautione sarcietur. Hoc in *d. L. si cuius*, 13. *§. de praeteritis*, in fin. *de usuf.* Si quid non refecit fructuarius, quod illum reficere & restituere pro conditione usufructus oportcat; ex eadem stipulatione fructuaria actio est in id, quod stipulantis interest, id est, in ea impendia, quae ad eius rei restitutionem fieri oportet. Et ideo quod dicitur in *L. quid ergo*, 70. in pr. *D. de usufr.* fructuarium, nisi suppleat gregem, teneri proprietario: de obligatione & actione, quae nascitur ex cautione fructuaria intelligendum est: postquam committitur haec stipulatio in id, quod proprietarii interest, de iis omnibus, quae fructuarius boni viri arbitratu facere debet, neque fecit. Proinde & si vectigalia a praediis debita non praestitit, eadem cautione tenebitur proprietario, eadem de caussa, quod qui haec non praestat, boni viri arbitratu non fruitur.

VI. Si finito usufructu, rem non restituit fructuarius: aperte ex eadem cautione eo nomine actio est. Est enim cautio nominatim ita concepta, ut eum usufructus ad eum pertinere desinet, restituat, quod inde exstabit. Sed & sine cautione proprietarius rem suam potest vindicare; cui vindicanti non potest obstare exceptio ususfructus, qui finitus est. Potest etiam proprietarius rei possessionem condicere condictione sine caussa. Huic enim condictioni locus est, cum quid datum est ob caussam, quae finita est. *L. 1. D. de cond. sine cau.* Quod in hac specie accidit. Res enim ab initio datur fructuario fruendi caussa. Constat autem finiri hanc caussam finito usufructu. Et si rem ipsam condicere non potest proprietarius, quam in fructuarium non transtulit: at condicet possessionem, quam transtulit. *L. indebiti*, *§. 1. D. de cond. ind.*

VII. Restat ex omnibus ipsa cautio & satisdatio, quam fructuarius praestare debet. Haec cum ad omnia fere superiora obtinenda tam sit partim utilis, partim etiam necessaria: in primis diligenter videndum est, si hanc non praestet fructuarius, quomodo ab illo obtineatur. Nam ad eam exponendam nulla obligatione obstrictus est. Et remedia haec sunt: Nondum tradito ei usufructu, si usumfructum debitum petat, aut ut suum vindicet, placet ei non prius dandam actionem, quam satisdederit. *L. si cuius*, 13. in pr. *D. de usufr.* Hoc ex edicto, quo hac conditione datur fructuario actio, si satisdederit. *L. 1. D. usufr. quem. cau.* Quod si omissa hac cautione proprietarius ultro rem fruendam illi tradiderit: placet non ideo videri remissam cautionem, sed & hoc casu posse proprietarium rem suam vindicare: & si obiiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicatione doli aut in factum exceptionem removeri. *L. etsi*, *D. us. quem. cau.* Nam haec ipsa exceptio ususfructus, nihil aliud est, quam fructuarii actio; replicatio proprietarii, nihil aliud quam eius exceptio, qua superiorem intentionem summovet. *L. 1. L. 2. §. 1. D. de exc.* Iam autem effectum est, petentem ab initio fructuarium, si non satisdet, repelli.

VIII. Adiicit Ulpianus in *d. L. etsi*, *usufruct. quem. cav.* etiam hoc casu stipulationem condici posse. Quod quidem defendi posse non videtur. Nam neque condictione ob caussam dati caussa non secuta, neque condictione sine caussa, neque condictione indebiti soluti, quidquam repeti potest, nisi quod prius datum est ab eo, qui condicit. *L. si militem*, *C. de cond. ob caus. L. 1. D. de cond. sine cau. L. 1. L. indebiti*. *§. 1. D. de cond. ind.* At hic proprietarius, qui omisit cautionem, hanc cautionem fructuario non dedit. Sed nec ei remisit. Alioqui contra remissionem non recte repeteret. *L. pactum*. *D. de pact.* Quae igitur potest esse condictio & repetitio eius rei, quae data non est? Et fatendum est, stipulationem hanc a proprietario initio omissam, non posse recta condici ullo modo ab eo, qui eam non dedit, nec remisit. Sed quae non potest condici recta, hanc obliqua via recte condicet proprietarius. Condicet enim rem ipsam, quam dedit, condictio-

dictione ob caussam caussa non secuta. Dedit enim fruendi caussa, id est, ita eam habendi: ut fructuarius in ea re omnia faceret, quæ ad fruendi caussam pertinent. Inter quæ est unum ex multis, ut præstet cautionem fructuariam. Quapropter hac cautione non interposita, merum est rem datam esse ob caussam, & caussam secutam non esse. Unde condictio ob caussam, & huic adiuncta condictio sine caussa. *L. 1. D. de cond. cau. dat. cau. non sec. L. 1. D. de cond. sine cau.* Hac condictione etsi recta condicitur res ipsa fructuaria: tamen vi ipsa consequitur proprietarius cautionem, quam petit. Mallet enim fructuarius cavere, quam rem fructuariam amittere. Inde dicitur non male etiam hic cautionem condici, quam per condictionem consequimur.

IX. Atque hæc remedia sunt ei proprietario, qui usumfructum alii constitutum concedens, onera fructuario iniuncta exigat. Quod si quis neget plane usumfructum se debere: etiam huic consultum est actione proposita, qua ultro experiri possit adversus eum, qui usufructus controversiam faciat. Ea est actio negatoria; actio altera de usufructu, & servitutibus, prodita domino neganti se servitutem debere. *L. 2. D. si ser. vind. L. pen.* in pr. *§. ult. D. si ususf. pet.* Principio tamen obstabat huic actioni id, quod est in ead. *L. pen.* in pr. sic enim scriptum est, de suo non de alieno iure quemque agere oportere, id est, unumquemque ita debere agere, ut intendat rem aliquam suam esse, ius aliquod suum: non etiam ita posse, ut tantum neget ius aliquod adversario competere. Atqui in actione hac negatoria contra fieri videtur; quippe quæ constituta sit, ut negemus usumfructum vel aliam servitutem adversario deberi. Huic obiectioni occurrens Ulpianus ait, quamquam negatoria domino competat adversus fructuarium; magis tamen eum de iure suo agere videri, quam alieno, cum invito se, negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod habet hanc sententiam: verbis quidem de alieno iure agere videri eum, qui negat ius aliquod alii competere. At cum addit non competere invito se, seu se ius prohibendi habere, hoc ipso de iure suo agit, vindicans & asserens libertatem & ius rei suæ. Et hoc dicit: res mea ab usufructu & servitute libera est; ex quo mihi ius est te prohibendi, ne in re mea verseris, aut quid facias. *L. 4. §. competit. D. si ser. vind.*

X. Competit hæc actio [1] domino proprietatis, sive possideat rem, in qua ususfructus controversiam patitur, sive possideat alius, qui sibi in ea re usumfructum vindicet: ut & possidenti detur, & non possidenti similiter ut confessoria. *L. 1. §. 1. §. ult. D. si ususf. pet.* Competit igitur & adversus eum, qui domino possidenti in re sua ususfructus controversiam facit. *d. L. pen. §. ult.* Petitio & finis actionis hic, ne dominus proprietatis amplius ususfructus nomine inquietetur, ut est in *d. L. pen.* in fin. *D. si ususf. pet.* id est, ut sive res ex ea caussa possidetur ab alio, restituatur: sin ille tantum possidenti vim & controversiam facit, vim facere desinat officium iudicis in pronuntiatione cum ad declarationem iuris actoris, tum ad restitutionem rei & fructuum, & æstimationem damni, si quod ab adversario datum est idem, quod in actione confessoria, ut declaratur in *d. L. pen. §. 1. §. pen. & ult.* de quo satis supra dictum est *huius Libri Cap. 12.*

CAP.

1) An & possessori? Ita putat Hotom. 5. *Obs.* 2. delens voculam *fructuarius* ut irreptitiam in *d. L. pen. in fin. pr.* ut sensus sit negatoriam non tantum proprietario concedi, sed & possessori, licet nec ipse (possessor) habeat usumfructum ex regula; In pari caussa possessor potior. Male statuitur ibi quod quando fructuarius, verus vel putativus, est in possessione, si alius quam dominus agat negatoria, fructuarium contra eum tutum esse beneficio possessionis, licet non edoceat de iure hoc, usufructu videlicet sibi constituto. Quæres Num & pro aliis iuribus extra servitutes dentur actio confessoria & negatoria? Ita volunt DD. quos refellit Coras. *ad L. 16. de serv. n. 9. & Vaud. 2. Q. 27.*

CAP. XVI.

Amitti usumfructum tribus his modis; Soluto iure auctoris: Lege ipsa constituti ususfructus: Et sua ipsius natura. Ac de duobus prioribus.

Continuatio, atque ordo. I.
Tres esse caussas praecipuas, totidemque modos amittendi ususfructus: quae illae, & unde nascantur. II.
Nascitur prima caussa amittendi ususfructus ex iure auctoris, seu domini ex antiquiore caussa soluto. Cuius elegans species exponitur. III.
Secunda ex lege constituti ad certam diem & conditionem ususfructus. IV.
Constitui ad certam diem & conditionem, quemadmodum & ex die & sub conditione ususfructus potest: minime vero caeterae servitutes & obligationes aliae. Quae differentiae ratio. V.
Ususfructu alicui constituto, donec filius eius pubescat; aut furiosus redeat ad sanitatem; an illius morte statim finiatur ususfructus; an duret, & quandiu. L. ambiguitatem, C. de usufr. *summa exponitur, & illustratur*. VI. VII.

I. QUomodo constituatur ususfructus: constitutus quid iuris tribuat fructuario, quid proprietario relinquat, tum quae utrique remedia sint eius iuris obtinendi caussa, hucusque diximus. Utcumque haec ab initio recte coeperint: hactenus tamen sunt omnia, donec ususfructus perseverabit. Hoc amisso, una cum usufructu desinunt. Restat igitur ad rectam constitutionem huius iuris illud tertium ex tribus propositis, ut videamus, si amitti & finiri potest ususfructus, quomodo amittatur.

II. Et quod in caeteris rebus, idem etiam in usufructu servatur, ut amittatur & ipse suis quibusdam modis, & quidem hic maxime praeter caetera, ne in universum inutiles sit proprietates semper abscedente usufructu. §. *ne tamen*, *Instit. de usufr.* Amittendi caussae summae tres, ac totidem amittendi modi summi. Ducuntur enim aut ex iure auctoris; aut ex lege constituti ususfructus; aut ex ipsa ususfructus natura.

III. Ex iure auctoris idem accidit in usufructu, quod in reliquo omni iure a domino constituto accidere supra diximus, ut eo iure ex antiquiore caussa soluto, solvatur & ius utendi fruendi ei, qui accepit. Ex caeteris caussis hoc ita ius est. *L. lex vectigali*, *D. de pignor. L. & post*, 12. §. 1. *D. fam. erc.* Omninoque ita se habet omnis alienatio, ut ea cum fit, semper cum sua caussa fieri intelligatur, quae futura esset, si res mansisset apud eum, qui rem aliquam, aut quid iuris ex re in alium transtulit, scilicet ut nemo plus iuris in alium transferat, quam habuerit. *L. alienatio*, *D. de contr. empt. L. traditio*, *D. de acq. rer. dom. L. nemo plus*, *D. de reg. iur.* Valeat igitur & hoc ius in usufructu. Ut in hac specie: Legatus est fundus Titio sub conditione? Hac pendente habet heres plenam fundi proprietatem, idest, usumfructum cum proprietate coniunctum; ut possit is per id tempus usumfructum alii legare. Finge legasse. Erit quidem interim recte constitutus ususfructus, ut ab eo, qui constituendi ius habuerit. Sed si legati Titiani conditio exstiterit: quemadmodum ususfructus aut fundus ipse totus ad Titium incipit pertinere, sic ususfructus ab herede, etiam si viveret, recedit: & ut recederet ab eo, sic consequens est, recedat ab eo fructuario, qui ab eo usumfructum accepit. Traditum in *L. si sub conditione*, *D. quib. mod. usuf. amit.*

IV. Lege constituti ususfructus ipse amittitur, cum nominatim hac lege constitutus est, ut certo tempore finiretur. Quod fit, cum constitutus est ad diem, aut conditionem. Servitutes praediorum neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt. *L.* 4. *D. de servit.* usumfructum contra ut ex die, *L.* 4. *D. de usuf.* sic ad diem & ad conditionem constitui posse placuit. *L.* 1. §. *ult. D. quan. di. ususf. leg. ced. L. & puto*, §. *ususfructus*, *D. fam. erc.* ut, lego Titio usumfructum, donec ad pubertatem pervenerit: lego uxori, donec illi dotis nomine satisfactum erit: atque his

his modis ita, ut cum dies venerit, aut conditio exstiterit, ususfructus [1] ipso iure finiatur. *L. si pater*, *C. de usufr. L. cui ususfructus*, *D. de usufr. leg.*

V. Atqui quod merito contrarium videatur, constanter traditum est, ad tempus obligationem constitui non posse, sicut nec legatum: ut si quid ad diem vel conditionem promissum, legatumve sit, nec tempore nec conditione finiri obligatio possit ipso iure: tametsi contra conventionem aut voluntatem defuncti petenti exceptione occurratur. *L. obligationum*, vers. *placet*, *D. de obl. & act. L. nemo*, 55. *D. de leg.* 1. Sed hæc definitio ad usumfructum non pertinet, & generaliter ad eas res, quæ post diem non sunt in rerum natura. Tunc enim proprie dicenda est obligatio tempore aut conditione finiri, cum postquam dies venit, aut conditio exstitit, res ante deberi cœpta manet, & nihilominus post tempus deberi desinit: ut sic vere dicatur obligatio tempore finiri, quia solo tempore finiatur. Quod si post id tempus res ante debita non exstet; ut nihil est certius, quam eam rem amplius deberi non posse, si sine culpa debitoris perierit: *L. si ex legati*, *L. si servum*, *§. sequitur*, *D. de verb. obl.* ita quominus id retineatur, non obstat superior constitutio veterum, quoniam re simul cum tempore hoc modo exstincta, non finitur obligatio tempore, sed interitu rei debitæ. Non est constituta obligatio ad tempus, sed eo usque donec quod promissum legatumve est, exstaret: interitura etiam prius, si prius res interiisset. At ex hoc genere rerum est ususfructus ad tempus aut conditionem constitutus. Amittitur is post tempus & conditionem exsistentem: non tamen quia finitur tempore, id est, tempore solo; sed quia prius ipse in rerum natura esse desinit sine facto & culpa proprietarii. Quæ res facit, ut ex regula perpetui iuris deberi desinat. Sciendum est enim usumfructum consistere in fruendo, id est, in facto eius, qui utitur fruitur. *L.* 1. in pr. *D. quand. di. ususfr. leg. ced.* Facta postquam perfecta sunt, natura esse desinunt, & quidem ita, ut natura revocari non possint. Hinc naturam ususfructus hanc esse placuit, ut cum ususfructus constituitur, videatur singulorum dierum suus esse ususfructus, qui quotidie finiatur, ac finitus constituatur. *L.* 1. *§. pen.* in fin. *D. de*

Tom. III.

usufr. accr. Quamobrem cum ususfructus ad diem constitutus est, præteritus quidem post eum diem amplius deberi non potest, quia esse desiit: sequentis autem temporis ususfructus ideo non potest deberi, non quia finitus sit, sed quia non sit constitutus. Recte igitur dicemus cæteras res frustra ad tempus aut ad conditionem constitui, ut post tempus omnimodo non debeantur, quia post tempus possint exstare: exstantes, non potest, quin perpetuo debeantur, quæ semel deberi cœperunt. Usumfructum contra ideo sic ad diem recte constitui, ut post diem non debeatur; quia post diem ille ipse ususfructus non sit futurus, qui constitutus fuerat. Non potest autem amplius deberi res, quæ esse desiit.

VI. Hoc iure posito de usufructu, quæsitum est in quibusdam huiusmodi temporis adiectionibus de voluntatis constituentium interpretatione, & quando in his finiatur ususfructus. Quod contingit, cum ususfructus constitutus est ad tempus, quod alius impleret, & is priusquam ad id perveniret, decessit. Quæsitum, an quia non pervenit, & certum est eum pervenire non posse, statim morte eius finiatur ususfructus, an vero duret, & si durat, quandiu duret; utrum ad certum aliquod tempus, an vero quandiu fructuarius vivet contempto omni tempore, ad quod ille alius pervenire potuerit. Exempla hæc sunt. Legavit testator uxori suæ usumfructum, donec filius eius ad pubertatem pervenerit, vel legavit donec filius furiosus in furore manserit, aut quod idem est, donec furiosus ad sanam mentem redierit.

VII. De quo exstat Iustiniani constitutio in *L. ambiguitatem*, *C. de usufr.* ad hanc sententiam. Si filius ad pubertatem pervenerit, aut vivus resipuerit, sine dubitatione finiri usumfructum, quia exstiterit id tempus, ad quod relictus ususfructus fuerat. Sin filius ante, quam perveniret ad pubertatem, aut ante, quam resipisceret, decesserit: non ideo morte eius finiri usumfructum, sed vivo fructuario durare, cum appareat testatorem non ad vitam istius extranei, sed ad certa curricula temporis respexisse. Durare autem in hac specie usumfructum non uno modo. Interesse enim, utrum certum tempus præstitutum sit, ad quod filius perveniret: ut in priore exemplo: an incertum,

K & ex

1) Ut nulla actio negatoria ad excludendum fructuarium opus sit. Proinde fructus postea percepti statim fiunt proprietarii *d. L.* 5. *C. de usufr.* Hinc apud Paul. 3. *Sent.* 6. §. 38. non amitti dicitur tempore, sed finiri. Hotom. ad *d. L.* 5. Mortuo autem ante diem fructuario, caussam utendi fruendi heredi quoque ad temporis illius finem concedi vult. Hotom. ad *L.* 10. *C. de usuf.* Quomodo finiatur ususfructus patris legitimus, vid. Scip. Gent. *de Bon. matter. C.* 7.

& ex conditione pendens, ut in posteriore. Si certum: usumfructum, qui relinquitur in persona fructuarii, ultra id tempus non durare; quia certum sit, quod tempus testator præstituerit legato finiendo. Si incertum: placere mortuo filio, omnique alio extraneo, in cuius personam id tempus collatum est, usumfructum in persona fructuarii perpetuum esse, quamdiu ille vivet. Non obstat, quod fieri potuit, ut quanvis filius ille aut extraneus alius quivis viveret, non tamdiu maneret in furore, quamdiu viveret fructuarius, sed vivo adhuc fructuario impleretur conditio, ad quam usque relictus erat usufructus. Hoc enim certum non est futurum fuisse. Et contra fieri potuit, ut tamdiu maneret in furore, nec ante mortem fructuarii conditio impleretur. Utrum horum eventurum fuerit, cum sit in incerto, recte Iustinianus ait se prius elegisse. Quæ eius ratio est in *d. L. ambiguitatem*, in vers. pen. & ult. Quippe in dubiis benigniora præferenda sunt. *L. semper in dubiis, D. de reg. iur.* Ea autem sententia benignior, quæ tuetur quam longissime defuncti voluntatem. *L. cogi.* 16. in pr. illic, *in ambiguo tamen. D. ad Treb. L. in testamentis. D. de reg. iur.*

CAP. XVII.

Natura sua usumfructum amitti aut ex persona fructuarii; aut ex re, in qua est ususfructus: aut ex usufructus cum proprietate coniunctione, Ex persona fructuarii tribus modis; Morte eius; Capitis deminutione; & Non utendo, Ac de his tribus.

Natura tribus modis ususfructus amittitur; & qui sint einsmodi. I.
Ex persona utentis amittitur, Et hoc tribus modis efficitur. II.
1. *Fructuarii morte. Et quare: probe Ulpiani ratio explicata.* III.
Quid si diutissime viventi Civitati relinquatur: an valeat ususfructus; & quo tempore definiatur illius usus IV.
Quid si proprietas alicui legata ea lege, ut ususfructus apud heredem maneat; an heredis appellatione, omnes perpetuo successuri intelligantur. Et quomodo defuncti voluntatem explicat Iustinianus. V.
2. *Capitis deminutione maxima & media, non minima ex iure Iustinianeo.* VI.
3. *Non utendo, per modum & tempus legibus constitutum. Quotuplex non utendi modus & qui.* VII. VIII.
Non utitur qui nec per se, nec per alium utitur fruitur. IX.
Per alium uti frui quot quisque de causis dicatur; & quæ ex his causis valeant ad retinendum usumfructum, etiam si alius qui fructuarii nomine possidet, non utatur. X.
Definitio ista: fructuarius quandiu pretio aut mercede fruitur venditi aut locati ususfructus, re videtur uti & ipsum retinere usumfructum, qua distinctione temperanda; distinctionis ratio accurate exposita. XI.
Qui non utendo amittitur ususfructus, an totus semper; an vero pro parte duntaxat, qua quis non est usus, amittatur. XII.
Si cui legatus ususfructus ita, ut hic alteri debeat restituere: ex cuius persona amissio ususfructus æstimanda iure veteri; legatarii; an fideicommissarii. Et quid ex iure Iustinianeo. XIII.
In amissione ususfructus servo relicti, aut filiofamilias, & per eos patri vel domino iure quæsiti, cuiusne, servi, & filiifamilias; an domini, aut patris spectanda persona. Quid de utroque statuerit Iustinianus. XIV. XV.
An recte voluerit Imperator usumfructum per filium patri quæsitum post huius mortem ad filium redire tamquam proprium: & de quo usufructu accipi debeat Iustinianea constitutio. XVI. XVII.
Cur in donatione revocanda morte donatarii, placeat servi & filii; non domini & patris spectari personam. Quæ differentiæ ratio. XVIII.

I. Natura sua amittitur ususfructus, cum neque in persona constituentis, neque in constitutione ipsa servitutis quidquam est, quominus ususfructus sit

fit perpetuus: sed recte constitutus ab initio, post deinde rebus ad factum utendi necessariis destituitur: puta persona utentis, re fructuaria, ususfructus a proprietate separatione. Nam sine his usus personæ in re aliena esse non potest. In hoc autem facto personæ ususfructus consistit. *L.* 1. in princ. & §. 1. *D. quand. di. ususfr. leg. ced.* Sic fit, ut natura sua amittatur ususfructus aut subducta persona utentis; aut re fructuaria sublata; aut usufructu cum proprietate coniuncto.

II. Subducitur utentis persona, cum aut esse desinit, qui deinceps utatur fruatur: quod fit morte fructuarii, vel capitis deminutione; aut is se uti nolle facto suo ostendit, quod fit per constitutum utendi tempus non utendo: Ita etiam ex persosa fructuarii, naturæ ususfructus convenienter, amittitur ususfructus tribus modis; [1] morte fructuarii, capitis deminutione, negligentia utendi, seu non utendo. *L. corruptionem* in pr. *C. de usufr.* §. *finitur*, *Inst. eod.*

III. Morte amitti usumfructum, inquit Ulpianus, non recipit dubitationem. Addit rationem, cum ius fruendi morte exstinguatur; sicuti si quid aliud, quod personæ cohæret. *L. ult.* §. *ult. D. quib. mod. usufr. amit.* Videatur fortasse hæc eadem ratio esse cum propositione: quandoquidem nihil aliud est ius fruendi, quam ususfructus: nec aliud usumfructum morte amitti, quam usumfructum morte exstingui. Sed non sunt hæc eadem. Dixit enim ἐμφατικῶς ius fruendi, non ut exprimeret usumfructum, quem prius nominaverat; sed ut significaret id ius tale esse, quod sit in fruendo, idest, in faciendo positum. Hac vero ratione recte colligit usumfructum morte amitti. Facta enim in alicuius personam collata, personæ cohærent, nec personam egrediuntur. §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. serv.* Proinde & ususfructus atque usus, idest, servitutes omnes personales, quando hæ in utendo fruendo, idest, faciendo, consistant. Quod si ita est, etiam eas, ut omnia, quæ personæ cohærent, morte exstingui necesse est. Quod & generaliter traditur in *L. non solum*, §. *tale*, *D. de lib. leg.* Nec unquam aliter fit, nisi nominatim comprehensi sint heredes, de qua exceptione postea.

IV. Postquam igitur ususfructus proprium est, ut finiatur morte, quid fiet, si iis relictus erit, qui mori non possunt, puta [2] civitati aut municipibus? Utrum usumfructum non valere dicemus, quia sit contra naturam ususfructus constitutus: an vero valere, quanvis sit perpetuus, ut voluntas testatoris etiam contra conditionem ususfructus servetur ex lege duodecim tabularum? *L. verbis legis*, *D. de verb. sig.* Et placuit usumfructum valere ex voluntate testatoris. Neque ideo contra naturam ususfructus esse perpetuum, sed ita temperandum, ut morte quoque finiri videatur; non sane morte civitatis, quæ mori non potest: sed tanto tempore huic speciei præfinito, quanto viveret homo etiam [3] longævus. Et quoniam hoc tempus summum esse solet centum annorum (nam longius esse non solet, nisi raro: ad ea autem ius non aptatur, quæ raro eveniunt. *L.* 3. & seqq. *D. de legib.*) placuit etiam tempus centum annorum hic esse observandum, ut tandiu, non diutius, tuendi sint in usufructu sibi constituto municipes. Hoc in *L. an ususfructus*, 56. *D. de usuf. L. si ususfructus*, *D. de usuf. leg.* Sane si civitas ante id tempus ita [4] deleta sit, ut placeret amplius civitatem non esse, quod olim contingit Carthagini a Romanis: quasi morte desinet exinde habere usumfructum. *L. si ususfructus civitati*, *D. quib. mod. ususfr. amit.* Itaque quanvis postea restituta, non recipiet usumfructum semel exstinctum: quia hæc alia civitas est, quæ est restituta. *arg. in L. quid tamen*, §. 1. & § *in navis*, *D. quib. mod. ususf. amit.*

V. Quæsitum est etiam hoc loco eadem illa de caussa, si proprietas alicui legata

1) Ipso iure, ut non necessaria sit restitutio, sed dominus naturalem possessionem propria auctoritate accipere possit. Io. del Castillo *de Usuf. C.* 61. fusius de hac amissione tractans.

2) Idem est si Ecclesiæ relictus. Beust. *ad L.* 11. §. *item* 2. *D. de Iureiur. n.* 11. P. Busius *ad L.* 21. *h. t. n.* 2.

3) Longissimæ vitæ hominum tempus *L.* 23. §. 1. *C. de SS. Eccles.* longissimum spatium senescendorum hominum, Cuiac. 15 *Obs.* 22. vid. Hotum. 8. *Obs.* 10. Goth. *in not. ad d. L.* 23. §. 1.

4) Aratro inducto. Aratri inductione & in fundandis urbibus veteres usi, *L.* 239. §. 6. *de V. S.* Nic. Perott. *Cornucopia in Martial. Epig. p. m.* 134 P. Greg. 1. *de Rep.* 2. Ræv. 2. *Conect.* 7. Sc. Gentil. *Orig. Lib. sing. p.* 393. *& seq.* & in subvertendis,

Horat. 1. *Od.* 16.

. . . . Imprimeretque muris
Hostile aratrum exercitus insolens.

Seneca 1. *de Clement. Inicere tectis ignem, aratrumque vetustis urbibus inducere.* P. Fab. 1. *Semestr.* 8. Ræv. *d. lo.* Balduin. *ad* §. 3. *I. de Usufr. n.* 4. P. Greg. 4. *Synt.* 5. *n.* 15. Parlador. 1. *Rer. quotid.* 21. *n* 4. Patrum nostrorum ætate, more a Iudæis ducto, super eversæ urbis sola sal spargi solitum. Quod passa legitur Mediolanum. Sal enim symbolum sterilitatis & inopiæ rerum omnium. Scip. Gentil *d. loc. p.* 394. Non vero erroris argui debuit Modestinus a Bodino *1. de Rep* 6. *p. m.* 80 quasi civitatem non in iure, sed in mœniis ac ædificiis consistere putaverit. Non consistit in mœniis civitas, solo tamen illis & ædibus æquatis desinere civitatem necesse est.

gata sit nominatim ita, ut ususfructus maneret apud heredem, valeatne huiusmodi relictum, an non valeat; quia in proposito videretur ususfructus constitui perpetuus, quod ipsum in usufructu esset contra naturam ususfructus; in proprietate autem, huius legatum inutile redderet. Nam illa verba, ut ususfructus apud heredem maneat, hoc efficiunt, ne unquam morte fructuarii finiatur: cum primo herede decedente locus fiat eius heredi, & deinceps huius quoque heredi, & in infinitum heredum heredibus. Heredis enim appellatione omnes hi continentur. *L. heredis appellatio, L. heredis appellatione, D. de verb. sign.* Iustinianus veterum de hac specie dubitationibus silere iussis, constituit valere relictum. Id autem ut recte fieret, sic legatum est interpretatus, ut iuberet usumfructum consistere in 5 persona tantum primi heredis; cuius non tantum morte, sed & capitis deminutione, & negligentia amitteretur. *L. antiquitas, C. de usufr.* In quo voluntatem defuncti secutus est, non verba. Hæc enim testatoris mens fuit, ut legatum & ususfructus valerent, si non per omnia, ut verba significant: at saltem quatenus possent. Et in ambigua voluntate testatoris semper id agendum, idque ipsum ex sententia esse videtur testatoris, ne legatum intercidat, *L. cogi*, 16. in pr. ille, *in ambiguo. D. ad Treb.* Sic autem conservatur in proposito legatum, si non omnes heredes accipiantur in infinitum. Quod si aliquos sumi oportet, unum oportuit, non plures. Nulla enim caussa est, cur quod pluribus tribuitur, non tribuatur ex æquo omnibus. Unum si accipi volumus, hunc primum intelligi oportuit, non sequentes, ne res ad sequentes perveniens incidat in superiorem difficultatem. Quod & in illa stipulatione, Calendis dabis? Eadem illa ratione receptum est. Nam cum hic aliquas Calendas necessario intelligi oporteat, placuit unas accipi debere, & eas primas, ne alioqui plures accipiendo, aut remotiores, abeat res in infinitum, atque hoc modo fiat stipulatio inutilis. *L. eum qui Calendis*, 41. *D. de verb. obl.*

VI. Capitis 6 deminutione fructuarii amittitur ususfructus, olim quidem maxima, media & minima: de quibus generibus est in *Inst. de cap. dem.* & suo loco supra attigimus *Lib.* 3. *Cap.* 14. nunc autem ex constitutione Iustiniani solum 7 maxima, & media. *L. corruptionem*, §. *ult. C. de usuf.* §. *finitur*, *Inst. eod.* Quod quidem ita constitui superiori modo consequens fuit. Nam & his capitis deminutionibus mors quædam civilis contingit, dum prior libertatem aufert, posterior libertate salva civitatem: ilia liberorum omnium, hæc civium numero hominem eximit. *L. ult. D de cap. min.* §. *cum autem Inst. quib. mod. ius patr pot. tol.* ut sic pariter utraque capite minutum tam e civium numero tollat, quam si is natura decessisset. Inde dictum, quod ad ius civile attinet, servos pro nullis haberi. *L. quod attinet, D. de reg. iur.* &, deportatos (quorum media capitis deminutio est) mortuorum loco habendos. *L.* 1. §. *pen. D. de bon. pos contr. tab.* Nulla eiusmodi mortis species in capitis deminutione minima: ut cum per hanc non subducatur ullo modo de medio persona fructuarii; merito constituerit Iustinianus nihil esse, cur ea capitis deminutione similiter ut superioribus ususfructus interiret.

VII. Non utendo 8 amittitur ususfructus tribus modis. Primum si fructuarius in totum

5) In re sui natura non transitoria ad heredes appellatio heredis continet solum primum heredem, Tiraq *Tr. Le mort saisit le vif. p.* 4. *Declar.* 4. *n.* 2. add. Gæd. *in L.* 65. *de V. S. n.* 7. Baldum. *in* §. 3. *l. h. t. n* 7.

6) An & spirituali, professione monastica? Neg. Proel. *in L* 1. *C. de bon mat. P.* 1. *n.* 47. *& seqq.* Castillo *de Usufr. C.* 64. Dissent. Covar. *in C.* 1. *extr. de test. n.* 14.

7 Olim tamen omni etiam minima, quia leges Digestorum generatim & indistincte loquuntur *L.* 1. *pr. &* §. 1. *L* 3. *L.* 14. *h. t L.* 23 *L* 29. *de Us. leg.* & hoc aperte scribit Paul. 3. *Sent.* 6. §. 34. vid. Io. del Castillo *de Usufr.* C 66. Amittitur autem sic sive iure civili constitutus, sive tuitione prætoris *L.* 1 *pr. h t.* Licet enim is nullus videatur, tamen absurdum ob id difficilius amitti, quod infirmior, nulloque iuris vinculo subnixus, ait A. Fab. 65. *Err. Prag.* 2. Qui & *ibid. d. L.* 1. *pr.* emendans, pro *traditus quoque* legit *traditus quomodocunque*, id est ex quacunque caussa, sive iure civili *probata* & cognita, sive non. Errorem ortum vult ex contractiore scriptura, *quoque*. Alias sequeretur, inquit, traditum usumfructum non constitui nisi per tuitionem prætoris Atqui & verus ususfructus traditur, inducto fructuario in possessionem & patientia præstita *L.* 3 *pr de Usuf.* Quæ non probo. Neque enim ex vulgata lectione sequitur traditum usumfructum sustineri a prætore, sed per traditum intelligitur verus, meri iuris vinculo subnixus Nam quia in vers. *& parvi*, dixerat IC. nullum esse, quoad hanc amissionem, discrimen inter ius civile & prætorium, conveniens fuit in vers. *proinde*, adferri exempla utriusque ususfructus. Exemplum igitur Civilis adfert in tradito; pretorii in fundo vectigali vel superficiario imposito. Neque quod Faber vult, maior dubitatio in prætorio quam civili, sed in hoc quam illo, ut constructio sermonis convincit. Perinde enim est ac si dixisset tam iure constitutus quam tuitione, vel non minus civilis quam prætorius. Sane quia Civilis firmiori innititur vinculo, iuste poterat videri perseverantior. Quæ autem est illa ratio dubitandi de prætorio, & maior quam in civili, a Fabro allata? Quia amitti non posse videtur, qui nullus intelligitur. Immo vero intelligitur, prætoris interpretatione, & quatenus intelligitur, catenus perit. Sane vel ideo Fabri correctio & expositio inconveniens; quod si dixisset IC. traditum *quomodocunque*, id est, ex quacunque caussa, sive iure Civili sive prætorio probata, non debuit subiicere, *item*, *&c.* Quæ vocula arguit speciem sequentem in præcedenti non contineri, alias necessaria vocula *veluti*, vel similis.

8) Vid. Io. del Castillo *de Usuf. C.* 67. ubi & tractat quando actio personalis pro usufructu constituendo competens perimatur.

tum non utatur neque hoc, neque illo modo. De quo nemo potest dubitare si verum est, ut est, usumfructum non utendo amitti. *d. L. corruptionem*. Tum enim maxime dicitur quis re non uti, cum omnino non utitur. Secundo, si non utatur per modum, ut est in *d. §. finitur, Inst. de usufr.* id est, non ad eum modum, qui utenti in constituendo usufructu præstitutus est. Ut puta, legatus est ususfructus ædium Titio ita, ut æstate habitaret. Habitavit hieme. Non videtur usus, qui ad suum modum usus non est. Idem est, si silvæ usufructus legatus sit alicui, ut certo tempore silvam cæderet, aut certo modo; & alio tempore, aut alio modo cæciderit. *L. 2. D. de aq. quot. & æst. L. si communem, §. 1. L. is cui, seq. D. quem. serv. amitt.* Tertio modo, si fructuarius usus quidem sit, sed usus tantum, dum ignorat usumfructum sibi constitutum & usum tantum se habere existimat. Non enim, inquit Paulus, ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere. *L. is qui. D. quib. mod. ususfr. amit.* Non putavit autem se habere usumfructum: quapropter nec eo uti voluit. Plane si quis sciens se usumfructum habere, tantum uti velit, idem ait nihilominus eum & frui videri. *d. L. is qui.* Scilicet quia utitur ut fructuarius, qui utitur sciens se habere usumfructum.

VIII. Sed his omnibus modis non utendo amittitur usufructus, si non sit ususfructuarius per tempus. Sic enim verba sunt in *d. §. finitur, Inst. de usufr.* finiri usumfructum non utendo per modum & tempus. Ubi intelligere debemus, tempus constitutum, intra quod si quis usus non sit, placeat amitti usumfructum. Id tempus olim brevius ut in usucapione vetere: nunc revocatum constitutione Iustiniani ad tempora ab eo ipso usucapioni præstituta. Sic enim ipse definit in *L. corruptionem*, illic, *nisi talis exceptio, C. de usufr.* non utendo non amitti usumfructum, nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiam si dominium vindicaret, posset eum præsentem, vel absentem excludere. Hæc exceptio est, quæ acquiritur usucapienti, & re usucapta priorem dominum vindicantem removet. Scimus autem ex alia eiusdem principis constitutione, quæ sint tempora usucapioni, & simul huic exceptioni præstituta: triennium nimirum esse in rebus mobilibus; in rebus autem soli decem annos inter præsentes, viginti inter absentes. *L. unica, C. de usuc. transfer.* Quapropter & eadem tempora in hac amissione accipere debemus. Ut scilicet ita his modis pereat non utendo ususfructus, si fructuarius re mobili non sit usus triennium totum; immobili decem annos inter præsentes, viginti inter absentes. Quo iure posito, restat ad omnem huius partis amissionem, ut quæratur, quis non sit usus.

IX. Et is non uti intelligitur, non qui per se ususfruitus non est: sed qui nec per se, nec per alium. Sic enim est ius fructuarii, ut non solum possit ipse per se frui re fructuaria, sed etiam per alios.

X. In hoc numero sunt primum si quis negotium eius gerens utatur fruatur: deinde si qui sint, quibus rem fruendam concesserit, vel pretio, dum usumfructum vendit; vel mercede, dum locat; vel gratis, dum donat, aut concedit precario. *L. non utitur, 38. L. arboribus, 12. §. usufructuarius, D. de usufruct.* Per emptorem usufructus, conductorem, donatarium quin videatur uti fructuarius, & usumfructum retineat; siquidem superiores illi utantur, nulla dubitatio. Si ipsi non utantur, an amittat usumfructum, dubitatum est, quia tum nemo videatur uti, nec ipse, nec eius nomine alius. Sed hic distinguitur in *d. L. non utitur, 38.* in fin. & 2. seqq. *D. de usufr.* ut si quidem fructuarius donaverit usumfructum, non alius retineat, nisi donatarius utatur; quia tum vere dicatur nihil esse neque in persona fructuarii, neque in persona alterius, propter quod dici possit fructuarius re fructuaria usus esse. Quod si usumfructum vendiderit, videatur usumfructum retinere, etiam si emptor non utatur: scilicet quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligatur, quam qui principali utitur fruitur. Ratio reddita in *L. quia, 39. D. de usufr.* Qua ratione & de eo, qui locavit, idem dicemus, sive is mercede, sive actione mercedis consequendæ caussa fruitur. Est enim locatio & conductio similis venditioni. *L. 2. D. locat.* Ubi autem, & quatenus merces, mercedisve actio acquiratur fructuario, diximus supra huius *Libri Cap. 9.*

XI. Quod tamen dicitur fructuarium usufructu vendito aut locato, videri uti & usumfructum retinere hoc ipso, quod pretium aut mercedem habet; ita temperandum est ex Pomponii distinctione, quæ traditur in *L. Pomponius, D. quib. mod. ususfruct. amit.* ut referat, cui ususfructus sit traditus, proprietarione, an extraneo. Nam si ususfructus venditus sit aut locatus proprietario, & proprietarius deinde alii vendat aut locet suo nomine: placet fructuarium licet proprietarius ei pensionem

sionem solverit, tamen usumfructum per constitutum tempus amittere: quia emptor nec proprietarii, nec fructuarii nomine utatur, sed suo. Quod si locatus sit ususfructus alii extraneo, placet omnimodo per eum usumfructum retineri, quanvis conductor eum alii locaverit. Ubi bene Accursius adiecit, quanvis eum locaverit etiam suo nomine, ex *L. qui universas*, *§. ult. D. de acq. poss.* Et hoc etiam distinctio superior Pomponii exigit, qui proprietarium conductorem in ea caussa ab extraneo conductore separat. Quæ distinctio parum expeditam differentiæ rationem habere videtur. Nam hic tam proprietarius, quam extraneus iste pariter suo nomine vendunt aut locant, & emptor vel conductor pariter suo, aut eius, a quo acceperunt, nomine utuntur, non nomine fructuarii. An non ergo in iisdem eorum factis pares caussæ? quod si pares, an non in his idem ius statui oportuit? *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Sed non eo minus caussæ sunt dissimiles. Dissimilitudo ex iure proprietarii, & extranei istius in re fructuaria. Proprietarius, qui usumfructum emit, vel conduxit, rem suam vere possidet, non fructuarius. *L. sciendum*, in princip. & versic. *eum*, *D. qui satisd. cog. L. acquiruntur*, *§. ult. D. de acq. rer. dom.* Quare si eam alii locet fruendi caussa suo nomine, etiam suo nomine fruetur, & per conductorem rem possidebit. Nec cum id faciet, mutabit sibi caussam possessionis, quod regula iuris vetatur. Nam & prius, ut dixi, possidebat. At extraneus cum usumfructum emit, aut conducit, rem non possidet: sed nec tenet ab initio, nisi fructuarii nomine, a quo accipit. *argum. in §. possidere*, *Institut. de interdict.* Ut igitur maxime eam rem vendat postea, aut locet alii suo nomine: non tamen efficiet, ut videatur suo nomine possidere, qui prius non possidebat. Nemo enim ipse sibi mutare potest caussam possessionis. *L. qui bona*, *§. 1. D. de acquir. poss. L. non solum*, *§. 1. D. de usuc.* Sic fit, ut semper fructuarii nomine intelligatur rem tenere, qui eius nomine ab initio possessione suscepta, hanc caussam postea sibi mutare non potest.

XII. Quod dicimus usumfructum non utendo amitti, sic accipiendum est, ut amittatur non semper totus, seu totius rei, cuius ususfructus relictus est: sed quatenus quis re usus non sit. Re tota si quis usus non est, amittet totius rei usumfructum. Si parte tantum, eius solum partis usumfructum amittet. Potest autem quis usufructu alicuius rei constituto, parte tantum non uti & divisa & indivisa. Unde placet & 9 certæ, id est, divisæ partis, & pro indiviso usumfructum non utendo amitti. *L. placet*, *D. quib. mod. ususfr. amitt.* Finge agrum divisum in duas partes regionibus. Si fructuarius una sit usus, altera non item: illius usumfructum retinebit, huius amittet. Sed & si is, cui partis dimidiæ pro indiviso ususfructus relictus erat, pro parte tantum tertia sit usus, pro reliqua parte tertia usumfructum tantum amittet.

XIII. Et sunt hactenus hi modi amittendi ususfructus ex persona fructuarii. Ex qua cum pendeant, fiunt certi tunc, cum unus est fructuarius, & is certus: aut plures quidem, sed singuli distinctum & certum usumfructum designatum habent. Sic enim intelligetur, ex cuius morte, capitis minutione, aut negligentia amittatur ususfructus cuiusque. Sed accidit interdum, ut incertum sit inter plures, quis sit fructuarius. Ex quo dubitatio, cuius ex his personam in amissione ususfructus spectare debeamus. Quæ quæstio quia circa hoc genus incidit, etiam hoc loco dirimenda est. Et quoniam æstimatur hæc amissio ex persona fructuarii; etiam illud statuendum, quis hic pro fructuario sit habendus. Incidit autem hæc dubitatio in duobus generibus personarum. Primum in duobus, quorum uni ususfructus relictus est, & idem rogatus eum usumfructum alteri restituere. In qua specie olim dubitatum est, an non ex persona legatarii amitti deberet ususfructus potius, quam fideicommissarii, tametsi huic maxime restitutus esset ususfructus. Dubitatio ex eo, quod legatario ipso iure acquisitus ususfructus erat. Quæsitus non desinebat ad eum pertinere, quanvis fideicommissario restitutus. Iure enim vetere res non acquirebatur fideicommissario ipso iure, seu iure civili: sed tantum tuitione prætoris. Unde actio fideicommissario ad rem relictam persequendam tantum utilis, ut est in *L. Pomponius*, in fin. *D. quib. mod. ususfruct. amitt.* & quæ petendi fideicommissi caussa ab initio actio fuit in personam, dicta est persecutio extraordinaria, quæ ordinarii iuris exsecutionem non haberet, ut suo loco supra diximus *Libro octavo*, *cap. 5. L. pecuniæ*, *§. actionis*, *D. de verb. signi-*

9) *L. 14. h. t.* Cui consequens videtur, quando fructuarius male in una re versatus eamve deteriorem culpa sua reddidit, casibus quibus iure suo privatur, illius rei solum usumfructum amittere non etiam cæterarum, licet diss. Castillo de *Ususf. C. 24.*

guificat. Quod si restitutus usufructus ex hoc iure non transibat ad fideicommissarium, ne a legatario quidem hac restitutione recedebat. Unde necesse erat etiam post restitutionem usumfructum eius manere. Cui & illud consequens erat, ut usumfructum ex persona eius tanquam fructuarii finiri oporteret: puta morte eius, capitis deminutione, aut dum is non utitur. Unde etiam Pomponii dubitatio in *d. L. Pomponius*, in fin. *quib. mod. usufr. amitt.* an in specie proposita videatur legatarius per fideicommissarium frui, ne amittatur ex eius persona usufructus. Sed nihilominus etiam iam olim recepta fuerat hæc sententia, [10] fideicommissarium in proposito pro fructuario habendum, eoque & ex eius persona magis, quam ex persona legatarii usumfructum perire debere: scilicet, quia etsi non haberet usumfructum ipso iure, haberet tamen iure prætorio, propositis ei utilibus in eam rem actionibus, quibus efficeretur, ut non aliter tuendus esset, quam si ei legati iure acquisitus esset usufructus. Quæ sententia est *L. 4. D. quib. mod. usufr. amitt. L. si quis usumfructum, D. de usufr. leg.* Hodie omnis hæc dubitatio sublata est Iustiniani constitutione, quæ est de legatis & fideicommissis exæquandis. Postquam enim ea constitutione quæ legati erant, tributa sunt fideicommissis per omnia, etiam illud effectum est, ut sicut legatus usufructus legatario; ita & fideicommisso relictus fideicommissario ipso iure acquiratur. *L. 2. C. com. de leg. L. 1. D. de legat.* 1.

XIV. Eadem dubitatio vetus est in altero genere personarum, cum alicui usufructus relictus est, & per eum iure alteri quæsitus; ut fit, cum relictus est servo, & per servum quæsitus domino; cum filiofamilias relictus, & per eum quæsitus patri. Quæritur enim, utrum in hoc usufructu, morte, capitis deminutione, vel negligentia amittendo, spectari debeat servi, vel filiifamilias persona, an vero domini, vel patris. Quippe illi iudicio testatoris quodammodo fructuarii sunt; hi iure.

XV. Et de ea specie constitutum est a Iustiniano [11] in *L. ult, C. de usufr.* ad hanc sententiam. Siquidem enim servo relictus est, voluit domini personam spectari, non servi. Merito: quoniam per servum sic acquiritur usufructus domino iure potestatis, ut dominus iure incipiat esse fructuarius, non servus. Nec putavit Iustinianus verisimile esse eum, qui reliquit usumfructum servo, quem sciret esse servum, alterius contemplatione reliquisse, quam domini. Quod si usufructus relictus sit filiofamilias, hic novum quiddam Iustinianus constituit; quem locum supra obiter attigeramus, *Libri superioris Cap.* 5. tum scilicet usumfructum sic accipi debere, quasi utrique datus sit tam patri, quam filio. Sed patri primum, & ei soli; cuius etiam in persona vult usumfructum manere, quandiu pater vivet, nec capitis deminutionem maximam vel mediam passus erit, nec quidquam illi obesse, quod forte multo ante eius mortem filius decesserit. Patre autem morte vel capitis deminutione sublato e medio, tum vult usumfructum apud filium manere, etiam si patri non exsistat heres, quasi ab initio relictum magis filii contemplatione, quam patris. Quæ constitutio aperte hoc statuit, usumfructum solum relictum filiofamilias, per eum acquiri patri, cuius in potestate est: idque eo iure, quo ex eiusdem principis constitutione usufructus adventiciorum bonorum filiifamilias acquiritur patri. *L. cum oportet, C. de bon. quæ lib.*

XVI. Quod autem cavet, ut cum is usufructus ad patrem pertinere desinet, redeat ad filium tanquam eius proprium; hic novi aliquid statuere videtur; & præter naturam cæterarum rerum, quæ usquam patri acquiruntur. Huic enim semel quæsita sic fiunt eius, ut mortuo eo non ad alios pertineant, quam ad heredes eius pro portionibus hereditariis. *L. filiæ*, 12. in fin. *L. si donatione seq. C. de coll. L. certum, C. fam. erc.* Quod si res quæsita ad heredes transferri non possit, ut usufructus, quid restat, nisi ut res quæ in eius solius persona constiterat, morte eius plane finiatur? Et hoc recte dicitur in ea re, quæ una est. Hæc enim semel patris facta, non potest nisi iure patris ad alios transferri. At usufructus filiofamilias relictus duplex quodammodo esse fingitur; unus patris, tandiu illi datus, quandiu in persona eius poterit consistere; alter filii, qui tum esse incipit, cum prior usufructus ad patrem pertinere desierit. Hic patri [12] quæri non potuit; quia cum haberet conditionem, cum ad patrem pertinere desinet, ante conditionem exsistentem dies eius cedere non potuit. Et ut non potuit patri acquiri, sic nec morte eius

10) *L. 3. Si us. pet.* A. Fab. 65. *Err. Prag.* 2. *pag.* 291.
11) Qua de re & quæ ratio *d. L. ult.* prolixe Io. del Castillo *de Usufr.* C. 63.

12) Diff. Suerin. & Vand. ut notavi supra, vid. *Cap.* 3. *N.* 1.

eius interire. *L. 1. D quib. mod. usufs. amit.*

XVII. Sed videndum diligenter, de quo usufructu hanc constitutionem accipi oporteat. Iam primum de usufructu ex caussa peculii castrensis, aut quasi castrensis constituto intelligi non potest, quia ex his caussis nihil patri acquiritur. *L. cum oportet, C. de bon. quæ lib. §. 1. Instit. per quas person.* ut proinde in hoc usufructu inepte spectetur persona patris, cum de eo ex persona fructuarii amittendo quæritur. Rursum si constitutus est a patre ipso, vel ab alio contemplatione patris: profectitius est. *L. profectitia, D. de iur. dot.* Hoc genus rerum in totum patri acquiritur, nihil inde filio. *§. 1. Instit. per quas person. nob. acq.* ut totus spectandus sit ex persona patris, nec inde quidquam redire possit ad filium. Tunc ergo superiori constitutioni locus est, cum usufructus constitutus est filiofamilias ab extraneo vel contemplatione filii aperte, vel simpliciter ita, ut incertum sit, utrius contemplatione sit constitutus, patris, an filii, an utriusque.

XVIII. Et meminerimus ideo placere in hoc usufructu amittendo spectari personam patris, quia patri ab initio quæsitus est. Ut quoniam pater iure fructuarius esse cœpit, non debeat usufructus ex alterius, quam ipsius persona ab initio interire. Non mirum si aliud servetur in eo, quod servo aut filiofamilias mortis caussa donatum est, in quo genere placet cum de revocanda donatione ex morte donatarii agitur, non domini aut patris personam, sed servi & filii esse spectandam. *L. si filiofamilias, 23. L. ult. D. de mort. causs. donat.* Personam enim eius, cui donatum est, hic inspiciendam esse convenit. *d. L. ult.* At hic antequam mors donatoris insecuta sit, nihil donatum est, nihil ex donatione quæsitum patri aut domino. Quo efficitur aut hic neminem esse, cui donatum sit, aut eum esse filium vel servum, in quos donatio collata est.

C A P. X V I I I.

Ex re fructuaria amitti usumfructum Interitu totius rei, Mutatione eius; & hostili occupatione, Cur; & præcipue Quæ sit ista mutatio rei, & quatenus ea mutatione usufructus intereat.

Amittitur usufructus ex ipsa re fructuaria tribus modis. I.

1. *Rei totius interitu.* II.
2. *Mutatione. Cuiusmodi illa; & unde dignoscenda illustratur exemplis.* III. IV.

Etiamsi re mutata quam multæ illius partes integræ maneant. Plura & huius sic amplificatæ definitionis exempla. V.

Contrariis occurritur. Et differentia usufructus a servitutibus, & aliis, quæ iura in rem nostri dicunt, ostenditur. VI. VII.

Si mutata res ad priorem formam & speciem redeat, an, & quando reviviscat usufructus. Quomodo distinctione res temperetur. Proposita utriusque veterum exempla. VIII.

Etiamsi mutatio rei non accidat a fructuario; & quæ huic amisso usufructu, proprietarii culpa vel alterius, reliquæ sint adversus istos actiones. IX.

3. *Capta re ab hostibus & quare; & quomodo usufructus restituatur, si ad suos capta res redierit.* X.

I. EX re fructuaria amittitur usufructus, cum res de medio ita sublata est, ut iam in usu nostro esse non possit. Subtrahitur res usui nostro, partim natura, partim iure. Natura; cum res quæ fuerat, in rerum natura esse desinit: quod contingit aut interitu totius rei, aut rei mutatione. Iure; cum res manens ab hostibus occupata est. Nam & hac occupatione sic res venit in hostium potestatem, ut nihil iuris amplius veteribus dominis possessoribusve inde relinquatur, ut postea dicetur. Ita, si rem summatim complecti, & hæc in unum conducere volumus: reperietur usufructus a re fructuaria amitti tribus his modis; Interitu rei fructuariæ; Mutatione eius rei; & hostili Occupatione.

II. Interitu totius rei amitti constat, cum nihil sit amplius in ea re, quo deinceps utamur, & ut Celsus ait, usufructus est ius in corpore: quo sublato & ipsum tolli necesse est. *L. 2. D. de usufr.*

III. Sed & mutatione rei res esse desinit

nit ea, quæ prius fuerat, non minus, quam ſi in totum eſſet ſublata, nec ex eo corpore quidquam relinqueretur. Ideo & [1] mutatione ipſa rei uſumfructum interire placet. *L. repeti, 5. §. pen. D. quib. mod. uſusfr. amit.* Tantum ut norimus, quam mutationem hic intelligere debeamus. Nempe hæc intelligitur, cum forma & ſpecies rei interior & ex qua res ſubſiſtebat, mutata eſt. Ac quibuſcumque modis id eveniat, placet uſumfructum interire. Quod multis exemplis rerum declaratur in *d. L. 5. §.* pen. & deinceps uſque ad *L. 13. D. quib. mod. uſusfr. amit.* Sed & hoc ipſum adhuc obſcurum, quando ſpecies & forma rei mutata intelligatur. Utamur ergo, ſi poſſumus, notione generis, & regula, quæ rem in univerſum definiat.

IV. Et quod ex exemplis ſuperiorum locorum colligere liceat, ſumma huc redit, ut ſtatuamus, de hac mutatione ex rei nomine eſſe iudicandum: ut ſi quidem aliqua mutatione incidente, res propterea in aliud nomen tranſeat, prius amittat: tum res, ſeu forma & ſpecies mutata intelligatur, qualiſcumque hæc erit mutatio. Contra quæcumque mutatio inciderit in re aliqua, ſi res nihilominus nomen vetus retinet; nec videatur mutata, nec intereat uſusfructus. Non ſane quia nomen quidquam pertineat ad ſubſtantiam rei: ſed quia ex ea forma, quæ eſt, res nomen accipit. Ac forma mutata etiam nomen tollitur: ut ex nomine tanquam poſteriori, quale quidque ſit, intelligatur. Mutato nomine dicimus rem mutatam intelligi, & una uſumfructum interire. Exempla hæc ſunt: Veluti ſi in ædibus ſuperficies corruerit, ut iam non ædes, ſed ſola area nominetur. Qua parte notandum eſt hoc exigi, ut totæ ædes corruerint, conſumptæve ſint. *L. repeti, §. rei, D. quib. mod. uſufr. amit. L. qui uſumfructum, 36.* in princ. *D. de uſufr.* Cæterum inſulæ uſufructu legato, quandiu quælibet portio eius inſulæ manebit, placet totius ſoli uſumfructum retineri. *L. ſi cui, 53. D. de uſufr.* Item exempla hæc: Si areæ fructuariæ impoſitum ſit ædificium, ut iam totum id corpus non area, ſed ædes dicatur. Si ex agro ſtagnum, ex ſtagno exſiccato ager factus ſit: Si ex maſſa ſcyphus; aut ex ſcypho maſſa conflata: Si ex quadriga unus equus perierit, ut iam non poſſit dici quadriga quæ ex quatuor equis iugalibus nomen habet: Si ex balneo cœnaculum, aut ex cœnaculo balneum factum ſit. Et quæ ſimilia exempla proponuntur ordine in *d. L. repeti*, §. pen. & ult. *L. quid tamen, §. agri*, & deinceps, *L. ſi cui balnei, D. quib. mod. uſusfr. amit.* Contra quoque hoc valere reperietur, ut quanvis magna mutatio in re facta ſit: tamen ſi res nomen prius retinet, nec mutari ipſa intelligatur, nec uſusfructus: qui in ea re relictus erit, intereat. Exemplo eſt uſusfructus fundi, cuius poſtea villa diruta ſit. Placet hic non exſtingui uſumfructum, ſive villa ſit acceſſio fundi, ſive fundus acceſſio villæ, ideſt, ſive villa comparata ſit fundi tuendi, colendi, aut fructuum colligendorum cauſſa; ſive cum prius villa eſſet, fundus poſtea ſit quæſitus, in quo opera villæ neceſſaria vel utilia exercerentur; aut ex quo alerentur tum familia, tum pecora, quæ in villa habebantur. *L. quid tamen*, in princ. *D. eod.* Hoc ideo, quia villa diruta, nihilominus fundi nomen manet, ut prius. Eſt enim fundus, quidquid ſolo continetur; quod tum maxime oſtenditur, cum villa ſublata eſt. *L. quæſtio, D. de verb. ſign.*

V. Rei mutatione interire uſumfructum cum dicimus, hoc dicimus totius rei mutatæ uſumfructum, non autem alicuius partis, quæ ex eo corpore ſit, interire. Res enim mutata in totum mutata eſt, non pro parte. Et ita res habet, ut quanvis poſt rei mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ex eodem corpore: tamen ſic uſusfructus intereat, ut nec ullius partis reliquæ uſusfructus relinquatur. Exemplo erunt inter alia multa, domus, maſſa, quadriga, grex, pecora fructuaria. Ædium uſufructu legato ſi ſuperficies corruerit, adeo perit uſusfructus, ut nec ſuperſit uſusfructus areæ. *L. repeti, §. penult. D. quib. mod. uſusfr. amitt.* Et tamen area ædium pars fuit vel maxima. *L. eum qui ædes, D. de uſucap. L. qui res, §. aream, D. de ſolut.* Sane ſi univerſorum bonorum uſusfructus legetur, non ſpecialiter ædium, ſuperficie ſublata, etiam areæ uſusfructus debebitur: quia appellatione bonorum, non eſt legatus tantum uſusfructus ædium, ſed & ſeparatim areæ. Hæc enim eſt in bonis. *L. quoties, 34. §. ult. D. de uſufr.* Ex maſſa ſi ſcyphus factus ſit, aut ſcyphus in maſſam conflatus, manet ſemper ſubſtantia maſſæ. Unde cum de dominio quæritur, ſemper is totius corpo-

Tom. III. L ris

[1] Sive mutatio fiat ſimpliciter, ut corruptio, ſive ſecundum quid, quæ dicitur alteratio. Vſusfructus enim prædicatur de re, ſublato ſubiecto tollitur prædicatum, ait Cuiac. 5. *ad Afric. in L. 36. de Vſuf.* Fuſius de hac exſtinctione uſusfructus tractat Io. del Caſtillo C. 72.

ris dominus habetur, qui massæ dominus fuerat. *L. adeo, §. cum quis ex aliena, D. de acquirend. rerum dom. L. ex argento, D. de cond. furt.* Sic tamen hac mutatione ususfructus interit, ut nec materiæ & massæ maneat ususfructus. *L. quid tamen, §. si massæ, D. quib. mod. usufr. amitt. L. qui usumfructum, 36.* in princ. *D. de usufr.* Quadrigæ usufructu legato si unus ex equis decesserit, usumfructum interire placet, ut nec supersit in iis, quæ sunt residua. *d. L. quid tamen, §. ult. quib. mod. ususfr. amit.* Gregis usufructu legato, si usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit totius eius corporis ususfructus. *L. ult. D. eod.* Ergo & earum ovium, quæ nomine gregis amisso supererunt. Tunc autem grex non intelligitur, cum pervenit ad novem aut pauciores oves: decem enim ut minimum oves gregem faciunt. *L. 3. D. de abig.* Pecorum relicto usufructu, si quæ pecora intereant, adeo perit ususfructus, ut nec carnis aut corii etiam supersit ususfructus. *L. penult. eod.* Hæc tamen eiusdem corporis partes fuere, & eiusdem domini manent. *L. si servus, §. bove, D. de cond. furt. L. solum, §. 1. D. de rei vind.* Omnia ex eo, quod placet usumfructum rei mutatione interire. Verum est enim his modis rem totam mutari, quæcumque partes ex vetere corpore superfuerint.

VI. Sed huic sententiæ multa adversantur. Primum regula iuris ducta ex natura, In toto & partem contineri. *L. in toto & pars, D. de reg. iur.* Deinde huic regulæ exempla & species rerum consentaneæ. Quæ quot sunt, totidem sunt species superiori sententiæ contrariæ. Regula superiore efficitur, quidquid in toto aliquo dictum, constitutum est, id & in singulis partibus totius dictum, constitutum videri. *L. si quis cum totum, in pr. D. de exc. rei ind.* Quare qui usumfructum ædium & aliarum superiorum rerum constituit, eumdem & in omnibus partibus earum rerum constituisse putandus est. Sed & hoc multa exempla iuris civilis comprobant. Quinimmo generaliter hoc receptum iure civili in omni alio iure, quam usufructu, ut quodcumque ius est in re aliqua constitutum, etiam in singulis eius rei partibus constitutum intelligatur; ac re mutata, nihilominus in his, quæ restant, idem ius maneat. Exemplo sunt, pignus, servitutes, grex legatus. Domus pignori obligata est: Superficie sublata, nihilominus area [a] pignori manet obligata. Et si iterum ei areæ ædificium impositum sit; ædificium areæ conditionem sequetur, & pignori erit. *L. Paulus, §. domus, D. de pignor.* Item si stillicidium impositum sit alienis ædibus, etiam diruto ædificio area eamdem servitutem debebit; & si ædificium restitutum erit, sequetur ædificium eadem servitus. *L. servitutes. §. si sublatum, D. de serv. urb. præd.* Grege quoque legato, si ad novem aut pauciores oves grex redactus sit, ut iam grex non sit: tamen quæ supersunt oves, legato cedunt, & possunt vindicari. *L. si grege, 22. D. de leg. 1. §. si grex, Instit. de leg.* Si hæc definiuntur recte regula iuris, & in his omnibus regula ipsa comprobatur: quomodo idem non male negatur in usufructu. Sed recte hæc omnia cum in usufructu, tum in omni alio iure in re aliqua constituto. Semper enim verum est, quod constitutum est in toto, etiam in singulis partibus pro parte constitutum videri, quia in toto pars inest. Sed non ideo efficitur, si quid restet ex mutato corpore, ideo etiam in eo ius constitutum accipi debere. Prius enim efficiendum est ex regula superiore, ut & quod restat, pars sit totius, ut dicatur quemadmodum in toto ius aliquod fuit, sic & in parte id manere debere.

VII. At an quod restat pars totius dicendum sit, necne, de eo varie statui potest diversis rationibus. Atque hinc discrimen inter usumfructum, & iura cætera in re aliqua constituta. Aliud in hac re subtilitas verborum & rerum, aliud utilitas id est, hominum opinio, & ex ea opinione loquentium usus exigit. Si subtiliter rem spectemus, & id, quod verba proprie significant: mutato & per mutationem sublato toto, quidquid inde superest, non potest dici eiusdem rei pars esse. Nam cum pars sit totius pars, nunquam soluto toto, pars totius ulla intelligitur. Et hanc verborum subtilitatem in usufructu sequimur, dum placet, re mutata etiam in his, quæ restant, usumfructum interire, quippe quæ iam veteris rei partes non sint: ut quis forte dicat usumfructum ab initio in singulis partibus constitutum, etiam in his partibus manere.

re.

a) In pignore favorabilior caussa creditoris damnum vitare satagentis, Hot. *ad §. ult. I. de Usufr.* vid. & Cuiac. 23. *Obs.* 12. Rationem autem nostri, quam Iasonis esse scribit, refellit Castillo *d.* C. 72. *n.* 10. Quia etsi ususfructus non exstingueretur, non ideo inutilis proprietas, cum ususfructus aliis modis finiri possit &c. ubi vide.

re. Quod si opinionem communem, & hinc usum loquentium pro utilitate communi spectemus, etiam hæc, quæ restant, mutato corpore, partes habebuntur, in quibus quod manente toto cœpit, etiam sublato toto maneat: quia scilicet eadem illa substantia manet, quæ, stante toto, partem eius efficiebat. Quo ex sensu recte dicetur & convenienter regulæ superiori, quanvis totum mutatum sit: tamen ius prius in toto & omnibus eius partibus constitutum, etiam in his quæ inde supersunt, manere, ut in iis, quæ etiam nunc partes habeantur eiusdem corporis. Et ex hoc usu superiora illa in reliquo omni iure recepta sunt, quia id utilitas loquentium exigit. *arg. in d. L. servitutes*, §. *si sublatum*, *D. de serv. urb. præd.* At cur hanc significationem atque usum sequimur in cæteris rebus potius, quam in usufructu? Quia & hoc utilitas in usufructu postulare videbatur, ut priorem significationem in eo potius sequeremur. Primum enim hoc sumptum est, utile esse, ut facile ususfructus redeat ad proprietatem, ne diu inutilis sit proprietas, semper abscedente usufructu. §. *ne tamen*, *Instit. de usufr.* Hoc sumpto, consequens fuit, & in usufructu eam omnem interpretationem capere, quæ efficeret, ut citius ususfructus finiretur: quod fit priore interpretatione, non posteriore. Meminisse tamen oportebit sic nos priorem interpretationem sequi in usufructu, ut nisi confirmata esset, accipere non auderemus, sed maneremus in posteriore communi & recepta. Nunc autem ne dubitemus præter rationem superiorum caussarum eam interpretationem in usufructu sequi, iure aperto hæc ipsa interpretatio constituta est: quo fiat, ne quid ex illis caussis hic obstet, dum ab illo iure recessum esse alia parte iuris intelligimus. Sic enim ius est de usufructu, ut placeat hunc amitti nominatim rei mutatione. Verum est autem rem mutatam esse, quæ in aliam speciem & aliud nomen transiit, quæcumque partes ex priore corpore relinquantur. Quo fit, ut ea mutatione amissus ususfructus non possit nec in iis, quæ restant ullus intelligi. Alioqui non esset amissus, qui post mutationem aliqua ex parte maneret.

VIII. Quid, si res mutata postea in veterem formam & speciem restituatur? an quemadmodum mutatione rei intercideral ususfructus; ita restitutione rei velut caussa amittendi sublata restituetur? De quo varie responsum est a veteribus: sed recte pro conditione rerum restitutarum. Res posita in hac distinctione: ut si res restituta nova est, non restituatur ususfructus; si vetus, restituatur. Utriusque partis exempla hæc sunt. Usufructu ædium legato si superficies corruit, usumfructum interire diximus. Quid, si ædificium vel testator ipse restituerit? placet usumfructum semel amissum non restitui. *L. quid tamen*, §. 1. *D. quib. mod. ususfr. amit.* Idem placet, si navis usufructu legato, dissoluta sit navis, deinde restituta quanvis ex iisdem tabulis. *d. L. quid tamen*, §. *in navis*. Scilicet quia domus & navis restituta alia domus & alia navis est. *d. L. quid tamen*, §. 1. *L. qui usumfructum*, 36. in prin. *D. de usufr.* Contra placuit in his caussis. Si areæ sit ususfructus legatus, & in ea ædificium sit positum, ut res mutatur, ita & usumfructum exstingui constat. *L. repeti*, §. *ult. quib. mod. ususfr. amit.* Si tamen postea sublata superficies sit, placet 3 usumfructum areæ restitui. *L. si in area*, 71. *d. L. qui usumfructum*, 36. in princ. *D. de usufr.* Hoc ideo, quia hæc area non est nova area, sed illa vetus, quæ semper eadem mansit, & cuius ab initio ususfructus relictus erat. Idem placet, agri usufructu relicto, si is ager a mari aut flumine fuerit inundatus. Hac enim inundatione usumfructum amitti convenit. *d. L. quid tamen*, §. *agri*. *L. si ager cuius*, *D. quib. mod. ususfr. amit.* Si tamen eodem impetu aqua ab eo recesserit, placet etiam usumfructum restitui. Eadem de caussa, quia id solum perpetuo idem mansisset. *d. L. si ager*, *L. cum usumfructum*, *sequen. D. eod.* Sed hoc in agro inundato placuit. Diversum, si flumen, vetere alveo relicto, alia fluere cœperit, & novo alveo alicuius agrum occuparit. Tum enim locum alvei ita publicum fieri, ut nec recedente in veterem alveum fluvio restituatur ususfructus. *d. L. cum usumfructum*. Quippe ea occupatione mutata est forma agri, & quidem ita, ut cum prius esset alveus fluminis, nunc restitutus desinat esse alveus, & in aliud nomen transeat. *L. adeo*, §. *quod si toto*, *D. de acquir. rer. dom.* Dominium quidem agri,

3) Ædes etsi forte ex iisdem tignis vel cementis restitutæ, non sunt eædem quæ priores. Accidentia ædium eadem esse possunt non substantia. At ædibus deustis vel sublatis, areæ substantia est eadem & area eadem numero. Cuiac. 5. *ad Afr. in L.* 36. vers. *contra a. de Usuf.* Quid si ex massa confectum vas iterum redigatur in massam? Cuiacius *d. lo.* contra Azonem, negat recipi usumfructum quia massa areæ, quæ semper eadem mansit, non recte comparatur, massa conflata, abiit prior forma, & quæ nunc ex vase conflatur, alia est.

agri, quod ea occupatione amissum erat, recedente postea flumine, veteri domino restitui æquius visum est, ut est in dicto §. *quod si toto*. Sed non ideo usumfructum, qui in eo agro alienus erat, restitui dixeris. Cætera enim iura, ut dixi, non amittuntur, nisi rei totius interitu. Ususfructus amittitur sola rei mutatione: & idem sola eiusdem rei restitutione restituitur.

IX. Sed cum omnis hæc mutatio ut plurimum soleat esse ab hominibus, quid fiet, si accidat ab alio, quam a fructuario? quid, si erit etiam a proprietario? Etiamne his consulto mutantibus ususfructus amittetur? Placet amitti vel mutante ipso proprietario. *L. repeti, in fin. D. quib. mod. usufr. amit.* Sed ita, ut adversus eam iniuriam fructuario consultum sit. Et adversus heredem proprietarium, qui in area fructuaria ædificium posuit, dantur hæ actiones in *L. repeti*, in fin. & *L. seq.* actio ex testamento, interdictum quod vi aut clam, de dolo. Sed non omnes simul, verum unaquæque suis conditionibus. Agit fructuarius actione in personam ex testamento, cum heres usumfructum nondum tradidit; agit autem ut tradat. *§. heres quoque, Instit. de oblig. quæ ex quas. contr.* Usufructu tradito, si mutatio contigit, aget fructuarius interdicto quod vi aut clam eo factum sit, in id quod sua interest. *L. semper, §. hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* Quibus in caussis cessat de dolo, ut cui locus non sit, nisi cum nulla alia est actio, nullum aliud remedium. *L. 1. §. ait*, & deinceps, *D. de dolo.* Quod si consentiente fructuario opus factum sit, sed tunc cum proprietarius ei persuasisset se ipsius caussa opus facere, deinde non patiatur eum frui ædibus; erit decepto 4 actio de dolo. *arg. in L. quod si*, 8. *L. si quis affirmavit, seq. L. servus*, 20. *§. ult. L. si legatarius*, 23. *D. de dolo.* Si opus factum non est, sed re in aliam speciem conversa, alius usumfructum abstulit: utilis actio ex lege Aquilia competit. *L. item Mela, §. ult. D. ad leg. Aquil.*

X. Occupatione hostium usumfructum amitti certum est, cum res aliqua seu immobilis, seu mobilis, in qua ususfructus alienus erat, ab hostibus capta est. *L. si ager ab hostibus, D. quib. mod. usufr. amit.* Non mirum, cum res in totum fiat capientium iure belli, ut & eo casu proprietas amittatur. *L. 5.* in fin. *L. adeo*, in princ. *D. de acq. rer. dom.* Sed hic adiiciendum est, quod est in *d. L. si ager ab hostibus*. Si res capta redierit ad suos, iure postliminii restitui usumfructum. Hoc enim iure pristina omnia iura recipiuntur. *L. postliminium*, in pr. *D. de capt. §. si ab hostibus, Instit. quib. mod. ius patr. potest. solv.*

CAP.

4) Ita & Pac. 2. Q. 78. P. Busius *ad L. 1. §. 4. & seqq. de dolo n. 5.* Sed A. Fab. *ad L. 7. §. 5. de dolo* actionem de dolo esse fructuario, quoties legati nomine interposita stipulatio, de qua *tit. Ut leg. nom. cav.* Per illam enim novari actionem ex testamento *L. 8. §. 1. de Novat.* Quare cum actio ex stipulatu non possit sufficere per *L. 7. §. 3. de dolo*, necesse esse ut detur actio de dolo, alia deficiente.

CAP. XIX.

Etiam usufructus cum proprietate coniunctione usumfructum amitti. Quæ species uno verbo nostris *Consolidatio* appellatur. Quibus modis hæc contingat: quam rationem habeat. In universum autem de omnibus supra scriptis amittendi usufructus modis, qui sint, ex quibus ususfructus amittatur totus; ex quibus possit amitti tantum pro parte. Tum præter superiores modos nullos esse, quibus ususfructus amittatur.

Ususfructus amittitur & huius coniunctione cum proprietate. Duplex illa coniunctio, & qualis: dicta consolidatio, *& quare*. I.

Utraque volente, aut invito seu fructuario, seu proprietario accidit in hoc, & in illo, rursus duplici modo, & quali. II.

Cessio a venditione quatenus differat. Et cur cessio ususfructus amissionem contineat, non ita quoque venditio. III.

Amittitur idem totus aliquando, interdum etiam pro parte. IV.

Totus omnino, morte, & capitis deminutione. V.

Totus & pro parte non usu, mutatione, & consolidatione. VI.

Amittitur idem superioribus modis & solis. VII.

Nec itaque morte aut capitis deminutione proprietarii, aut eius alienatione. VIII.

Item nec usucapione rei fructuariæ. Exponitur locus Papiniani in L. 44. §. non mutat. D. de usucap. IX.

Item nec alienatione fructuarii. Qualis hæc. Quæ de ea veterum sententia. X.

Repudiata, & quatenus a Iustiniano. XI.

I. ETiam ususfructus, huius ipsius eum proprietate coniunctione amittitur: cum scilicet in eiusdem persona concurrere cœpit proprietas & ususfructus. Quod fit, cum aut proprietarius adeptus est usumfructum, aut fructuarius proprietatem. §. *finitur, Instit. de usufr.* Amissionis species maxime ex natura ususfructus. Sic enim ususfructus definit ius esse utendi fruendi rebus alienis: ac proinde esse ususfructus is, de quo agimus: ut quem definiamus ius alienis utendi fruendi rebus. Et vero is solus ususfructus proprie dicitur, qui est a proprietate separatus, ut in definitione ostendimus: *L. penult.* in pr. *D. si ususfruct. pet.* Hoc genus etiam coniunctionis ususfructus cum proprietate confusio dicitur. *L. 4. D. Usuf. quem. cav. L. si servus, D. quib. mod. ususfr. amit.* & uno verbo [1] Consolidatio in *d. §. finitur, L.* 3. in fin. *D. de usufr. accr.* Nomen ex eo, quod usufructu cum proprietate coniuncto, fit solida & integra proprietas, quæ solida & integra non erat. Deerat enim ei ususfructus; qui dominii & emolumenti pars est vel optima; *L. cum filius, 76. §. dominus, L. Mævius, 66. §. penult. D. de legat.* 2.

II. Adipiscitur fructuarius proprietatem alias volente proprietario, interdum & invito. Volente, cum is proprietatem vendit, vel ex alia caussa transfert, veluti servum noxæ dedendo. *L. si tibi: L. si servus, D. quib. mod. ususfruct. amitt.* Invito, puta cum ei, cui legatus est ususfructus pure, legata est etiam proprietas sub conditione, & postea conditio extitit. Quo casu proprietas recedit ab herede invito, & transit recta ad legatarium. *L. a Titio, D. de furt. L. 3. §. ultim. D. usufruct. quem. cav.* Proprietarius facto fructuarii adipiscitur usumfructum duobus modis. Primum ex consensu, si fructuarius ei cedat usumfructum, id est, ei tradat hoc animo, ut in eum transferat. *d. §. finitur, Institut. de usufr.* Altero modo, etiam fructuario invito, si fructuarius cedat usumfructum extraneo. Etsi enim hoc modo usumfructum ad extraneum non transfert, ut est in *d. §. finitur:*

[1]) De qua Castillo *de Usuf. C.* 71. Sic autem finito usufructu proprietarius non, uti si morte naturali potest expellere fructuarium propria auctoritate, sed contra eum experiendum actione negatoria, vel ex cautione de restituenda re præstita, Tiraq. *Tr. le mort saisit le vif. P. 3. Declar.* 1. *n. 6. & 7.* Num consolidatus ex caussa onerosa obvenire dicatur, an ex lucrativa, Castillo *d. Tr. C.* 76.

tur: tamen cessione usumfructum amittit. *L. si usufructus*, 66. *D. de iur. dot.* Amissus, iure ad proprietatem redit. *§. ult.* in fin. *Institut. de usufruct.*

III. Non est contrarium, quod aliquoties supra diximus, & certi iuris est, posse fructuarium cuivis extraneo usumfructum vendere, ut & transferat inde, quod potest, & nihilominus ipse usumfructum retineat. *L. arboribus*, 12. *§. usufructuarius*, *L. non utitur*, 38. *D. de usufruct.* §. 1. *Instit. de usu & hab.* Aliud est enim vendere usumfructum, aliud cedere. Qui vendit usumfructum ut fructuarius, tantum vendere intelligitur, quantum iure suo potest transferre, ut creditor, qui iure suo pignus distrahit. *L. etsi L. penult. D. de distract. pign. L. ex empto. §. sententiam. D. de action. empt.* At fructuarius ius ipsum usufructus transferre non potest. Cohæret enim eius personæ. *L.* 3. in fin. *D. quibus mod. usufruct. amit.* Sed potest transferre facultatem rei tenendæ, & fructuum percipiendorum, quamdiu ipse usumfructum obtinebit. Quare & hac venditione eam ipsam perceptionem fructuum transfert: ius ipsum apud eum remanet, nec aliud agitur ea venditione, ut declaratur in *d. L. si usufructus* in fin. *D. de iur. dot.* Cedere autem, seu cessio genus est vetus alienationis, cum res in iure cedebatur, testis Cicero *in Topicis*. Ulpianus explicat in fragmentis *Tit. de dominiis, & acquisitionibus rerum*. Omnis alienatio rei duo facta alienantis continet. Nam primum is hoc animo est, ut rem quam cedere & alienare vult, a se dimittat; deinde ut a se dimissam in alium transferat. Hoc posterius fructuarius usumfructum cedendo facere non potest, quia, ut dixi, usufructus personæ eius cohæret. At prius illud, nempe dimittere a se usumfructum eiusmodi est, ut possit: cum usufructus sit eius, & liceat cuique de re sua statuere ut velit. *L. in re mandata. C. mand.* Quod cum possit, eveniet, ut cum alienatam voluerit, simul cum animo alienandi etiam ipsum usumfructum amittat, tametsi non transferat. Nam quod simpliciter dicitur in *d. §. finitur. Instit. de usufr.* fructuarium cum usumfructum cedit extraneo, nihil agere: bene hoc omnes sic illic acceperunt, ut transferre volens, in eo nihil agat. De transferendo enim per cessionem usufructu illic agitur. Cæterum si de dimittendo usufructu agatur, non [2] agit nihil, qui hoc animo est, ut dimittat. Qui enim potuit dimittere suum: nihil superest, nisi ut si velit dimissum, amittat. Unde amitti placet. *d. L. si usufructus. D. de iur. dot.* Amissus non potest, quin ad proprietarium rediens cum proprietate consolidetur.

IV. Modis amittendi usufructus superioribus cognitis, est, quod de his admoneamus iam in commune; usumfructum his modis amitti alias totum; alias tantum pro parte.

V. Totus amittitur capitis minutione, & morte: & quidem ita, ut non possit his modis amitti nisi totus. *L. excepta, D. quib. mod. usufr. amit.* quia scilicet nec capite minui, nec mori quisquam pro parte personæ potest: sed si quis hæc patitur, totus patitur, non aliter.

VI. At his exceptis, reliquæ caussæ etiam pro parte interitum usufructus recipiunt. *d. L. excepta.* Id est, & non utendo, & rei mutatione, aut consolidatione. Potest quis parte fundi divisa non uti: potest & parte pro indiviso, ut hactenus usufructus pereat. Ut, si is cui totius fundi usufructus relictus erat, quasi dimidiæ tantum pro indiviso relictus esset, hactenus solum sit usus. Idque est, quod traditur in *L. placet. D. eod.* placere vel certæ partis, vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti. Sed & domus spatiosæ usufructu relicto, in qua plura sunt ædificia distincta, potest unum corruere, cæteris stantibus, ut huius quod concidit, usufructus intereat. Potest pars tantum agri a flumine aut mari occupari. Potest areæ usufructu legato, in una tantum parte ædificium poni. Sic & partem tantum usufructus potest fructuarius cedere proprietario, & pars dominii fructuario acquiri. In quibus omnibus pro parte tantum usufructus amissio contingit: quia & pars tantum recipit eos casus, propter quos iure usufructus amittitur. VII.

2) Diss. Hot. in *d. §. finitur* 3. quia si nihil agitur, inutilis cessio & ipso iure nulla est. Nec ad proprietatem revertitur usufructus, quia nusquam legitur hæc pœna constituta, & Balduin. *ibid. n.* 16. quia *in d. L.* 66. habetur verbum futuri temporis, *reversurum*, scilicet suo tempore & ubi finitus fuerit, morte nimirum fructuarii, non eius cui cessus est, quia nulla hic habetur ratio cessionis. Et grave esset tam acerbe puniri levem aliquem inanis cessionis conatum, qui effectu caruit. Recte. Nam & ex ipso *d. §.* 3. contextu apparet fieri veluti oppositionem cessionis domino factæ, & eius quæ extraneo. Non igitur idem utraque operatur. Nec obstat ratio nostri, animus alienandi in cedente. Nam voluit non nisi sub conditione si alter accepturus sit, *L.* 18. *de vi arm.* supr. *Lib.* 5. *C.* 13. *N.* 5. Finis enim illius vel pretium pro cessione accipere vel beneficii debitorem acquirere. Quo fine frustratur. Obiicit Hortensius nostro consentiens ad *L.* 4. *de Novat.* Cessio in iure facta proprius modus amittendi usufructus ex *Sent.* Pauli 6. §. 37. Resp. Immo *d.* §. 37. ex verbis *quoties domino cesserit* argumentum præbet a contrario pro hac sententia, vid. & Castillo de *Usufr. C.* 69. *n.* 30. *& seqq.*

VII. Est & hoc, quod de his modis ad extremum monendi simus; quemadmodum his amittitur ususfructus, ita amitti regulariter his solis: ut recte in hac amissione superiores solos numeremus.

VIII. Ex quo intelligimus, nec ex persona proprietarii, nec ex facto eius, neque adeo ex facto ullo ipsius fructuarii, praeter negligentiam utendi, mutationem rei, aut ususfructus cessionem usumfructum amitti solere. Idque satis comprehensum videtur illa generali definitione, quae traditur in *L. neque, D. quib. mod. ususfr. amit.* Neque 3 usumfructum, neque iter actumve dominii mutatione amitti. Hoc enim continet, usumfructum nec morte proprietarii, aut capitis deminutione amitti; nec huius alienatione, qua rem, in qua ususfructus alterius est, alienat; nec alienatione fructuarii, dum is eum servum alienat, per quem usumfructum acquisierat. De quibus tamen & dubitari potest & aliquando dubitatum fuit. Quam ob caussam non ab re est, & de his certius confirmari. Et vero ita ius est & aliis locis diserte traditum, his modis usumfructum non amitti. Proprietarii morte usumfructum non amitti traditur in *L. 3. C. de usufr.* Unde intelligitur multo minus amitti capitis eius minutione. Itaque mortuo fructuario, heredibus eius nihil debebitur: mortuo proprietario heredes eius eumdem usumfructum debent. Similiter nec si proprietarius proprietatem alienarit, ideo amittitur ususfructus, etsi forte invitus ac iure coactus fecerit. Veluti, si proprietarius servum, in quo ususfructus alienus erat, ob delictum eius conventus, noxae dediderit. *L. locum, 17. §. penult. D. de usufr.*

IX. Qua ratione placet, si res fructuaria ab alio usucapta sit, nihilominus usumfructum fructuario salvum manere. *d. L. locum, §. penult.* quippe usucapio alienationis genus est. *L. alienationis, D. de verbor. sign.* Idque rursum est, quod Papinianus sensit in *L. insto, §. non mutat, D. de usucap.* cum ait usumfructum usucapi non posse. Hoc enim voluit, ut recte Accursius illic interpretatur, non posse usumfructum usucapi per usucapionem proprietatis: id est, dum proprietas ab alio usucapitur, non ideo simul usumfructum, qui alienus erat, usucaptum videri. Id contextus ipse & ratio Papiniani liquido demonstrant. Prius enim dixerat Papinianus re usucapta, nihilominus creditori, cui res ante pignori obligata erat, salvam manere pignoris persecutionem. Illic autem mox usumfructum pignori comparat, ut intelligamus idem eum in usufructu, quod in pignore dicere: nempe & re usucapta salvum manere usumfructum. Additur ratio in pignore, quae ad usumfructum non minus aperte pertinet. Persecutio enim pignoris, inquit, nulla ratione dominio coniungitur. Idem non minus de usufructu dixeris. Non potest idem dominus esse rei, & rem pignori habere. *L. neque pignus, D. de reg. iur.* Nec ususfructus quoque, qui vere ususfructus est per se consistens, potest esse, nisi a proprietate separatus. *L. penult.* in princ. *D. si ususfr. pet.*

X. De alienatione servi, per quem fructuarius usumfructum acquisivit, sic ius olim fuit, & nunc est. Olim plerique quorum magis sententia recepta erat, putabant, si fructuarius vel partem eius servi alienaret, totum usumfructum per eum quaesitum interire. Unde illud in *L. repeti. §. 1. D.* quib. mod. ususfr. amit. *si quis usumfructum solum servi alienaverit, per quem ususfructus ei acquisitus est, dubium non esse, quin ususfructus per eum acquisitus retineatur.* De usufructu alienato respondet Ulpianus, cum posset dubitari, an eo alienato videretur alienata pars servi. Quam si alienatam esse constaret, dicendum esset ex superiorum sententia usumfructum amitti. Et negat amitti etiam ex superiore sententia, idque dubium non esse ait. Merito; quia ususfructus dominii pars non est: ut dici posset, usufructu servi istius alienato, eius servi partem alienatam. *L. recte, D. de verbor. significat.*

XI. Sed hanc sententiam Iustinianus improbavit in *L. inter. C. de usufr.* & constituit partis huius servi alienatione usumfructum per eum quaesitum nulla ex parte amitti. Sed obtinebat haec sententia inter omnes, si fructuarius hunc servum totum alienaret, tum certo usumfructum istum interire, quasi mutato dominio, ut significatur in *L. si servo, D. quib. mod. ususf. fruct. amit.* Sed & hoc repudiavit Iustinianus in *L. ult. C. de usufr.* ubi diserte constituit; nec totius huius servi alienatione, usumfructum extingui. Post quas constitutiones apparet vere in universum definiri, quod supra diximus, aliis modis quam superioribus usumfructum regulariter non amitti.

CAP.

3) Nisi venditio fiat a domino, consensu fructuarii *L. 4. §. 12. de dolo exc.* vid. *infra Lib. 22. C. 6.* Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr. 10. n. 2. vers. tertia cautio.*

CAP. XX.

Non omnem usumfructum superioribus modis amitti. Exceptas has species tres: Usumfructum, cuius dies non cessit; Habitationem; Operas servorum: Usumfructum repetitum. Et de prima specie, ac per occasionem, Quando dies ususfructus legati cedat.

Nexus, ordo, & partitio rerum. I.
Ususfructus, cuius dies non cessit, non utendo, & capitis deminutione non amittitur. II.
Sed idem tamen fructuarii morte, & fructuariae rei mutatione perit. Et quare; & quae in illis amittendi modis differentiae ratio. IV. VI. VII.
Ususfructus, cuius cessit dies, superioribus modis omnibus amittitur. Quae distinguendi ratio. III. V. VI.
Quaestionis illius: Quando dies ususfructus legati cedat, *opportuna tractatio*. VIII. *& seqq.*
In usufructu legati dies simul cedit & venit; secus in caeteris rebus quae debentur in diem. Discriminis ratio. IX.
Dies legati ususfructus non cedit 1. *Ante aditam hereditatem*. X.
2. *Ante diem ex quo legatus ususfructus*. XI.
3. *Ante tempora adiecta, si ususfructus in annos, menses, dies singulos legatus fuit. Et quid huic iuri consequens*. XII. XIII. XIV.

I. Quod tamen diximus superioribus modis amitti usumfructum, & praeterea his solis; non est perpetuum. Habet utraque pars suas exceptiones, de quibus separatim a me dicetur. Ac prius illud quod dicimus superioribus modis usumfructum amitti, ita temperandum est, ut sciamus neque omnem usumfructum illis omnibus modis amitti; & si quis sit ususfructus, qui his amitti possit; aliquando tamen accidere, ne amittatur. Ac de his ita ius est. Tres sunt species ususfructus, quae non omnibus modis superioribus amittantur; Ususfructus, cuius dies non cessit; Habitatio; Operae servorum. Una species eius ususfructus, qui cum suapte conditione superiorum omnium modorum amissionem recipiat, quandoque tamen his non amittatur. Is est ususfructus omnis ita constitutus, ut amissus sit repetitus. Ita prioris illius sententiae tot sunt exceptiones. De quibus iam dicam ordine.

II. Primum ergo si cuius ususfructus dies non cessit, is in ea caussa est, ut placeat eum nec capitis deminutione, multoque minus non utendo amitti. De quo ut certius possit liquere; de toto genere ususfructus amittendi, retinendive ex ea caussa, quid eius dies cessit, aut non cessit, sic habendum est.

III. Qui ususfructus non destinatione tantum, puta legato aut conventione, sed vere constitutus est; id est, ita constitutus, ut dies eius cesserit: is omnis sine exceptione superioribus modis amittitur; sive sit iam traditus fructuario, & hoc modo proprius eius factus; sive nondum traditus, sed debitus dumtaxat. Idque est, quod aliis verbis veteres dixerunt, postquam ususfructus legati, aut aliter constituti dies cessit, non solum usumfructum amitti morte vel capitis deminutione fructuarii, sed etiam ususfructus actionem: ut iam neque fructuarius neque heredes eius possint petere eum usumfructum sibi dari. Puta si post aditam hereditatem, & diem legati venientem mortuus sit aut capite minutus fructuarius. *L.* 1. in princ. *D. quib. mod. ususf. amit. L. corruptionem*, in princ. *C. de usufr.*

IV. Sed etsi legati aut aliter constituti ususfructus dies nondum cesserit: tamen placet futurum eum usumfructum, id est, eius ususfructus actionem amitti duobus his modis, morte fructuarii, & rei fructuariae mutatione. Fructuarius si moritur, quanvis ante diem ususfructus cedentem, usumfructum amittit, nec eius persecutionem transmittit ad heredes. *L.* 2. *L.* 3. *D. quand. di. leg. ced. L. qui usumfructum* 36. §. 1. *D. de usufr.* Similiter si aedium usufructu legato aedes dirutae sint vivo testatore, sic amittitur ususfructus ille futurus, ut quanvis a testatore restitutae sint aedes, nihil tamen fructuario debeatur, legati die quandoque postea cedente. *L. quid tamen*. §. 1. *D. quib. mod. ususf.*

usufr. am. Cæterum reliquis modis non amittitur is ususfructus, cuius dies nondum cessit. Certe capitis demiuutione non amitti constat. *L.* 1. in priuc. *D. eod.* Multo vero minus non utendo, quo in numero est usufructus alternis annis relictus. *L. si ususfructus alternis D. eod.*

V. Quæ distinctio quam rationem habeat, videndum est. Ac de eo usufructu, cuius dies cessit, nemo dubitat, quin recte placeat eum amitti superioribus modis. Potuit enim amitti, qui erat iam quæsitus: si non ipse quæsitus, potuit certe amitti actio, quæ post diem cedentem quæsita erat.

VI. Sed nec e converso quidquam dicitur non maxime conveniens naturæ ususfructus, cum dicitur is ususfructus, cuius dies non cessit, superioribus modis amitti non posse. Nam ante diem ususfructus constituti cedentem nec acquiritur ususfructus, nec ususfructus actio, ut postea dicetur. *L.* 1. in fiu. *D. quand. id. us. leg. ced.* Naturæ autem ipsius lege fit, ut non possit amittere quisquam, quod prius non habuit. *L. non potest videri desiisse. L. non videtur rem, D. de reg. iur.* Ideo non mirum, quod dicitur, eum usumfructum, cuius dies non cessit, capitis deminutione non amitti. Multo minus, cum dicimus non amitti non utendo. Quid enim potuit imputari non utenti, qui uti, etiam si vellet, non potuit? *L. cum quidam, §. si pupillo, D. de usurp.* Non potuit autem uti frui fructuarius prius, quam cederet dies legati. *L.* 1. §. 1. *quand. di. us. leg. ced.*

VII. At illud habet dubitationem, quod hunc ipsum usumfructum, quem dicimus his modis uon amitti; quem eumdem fatemur non esse constitutum seu quæsitum fructuario: dicimus tamen extingui morte fructuarii, & rei mutatione. Quomodo amitti potuit, qui fructuarii non fuit, contra naturæ regulam? *d. L. non videtur rem. L. non potest videri desiisse, D. de regul. iur.* Aut quomodo iu eadem caussa quibusdam modis amitti, aliis non amitti, contra omnem iuris æquitatem? *L. illud. D. ad leg. Aquil.* Et certe fatendum est, proprie non amitti eum, qui quæsitus non fuit. Ideo in *L.* 2. *D. quand. di. leg. ced.* non dicitur amitti ususfructus ante diem legati cedentem mortuo fructuario, sed petitio ad heredem non transire. Sed & hoc ipsum sentimus, non aliud. Abusive tamen non male dicatur amitti, cuius spes amissa est. Nam & capitis minutione dicitur non amitti ante diem legati cedentem, cum hoc significatur eius habendi spem eo modo non amitti, quanvis nondum sit quæsitus. Quod autem placet morte fructuarii, & rei mutatione usumfructum extingui, quanvis hæc ante diem legati cedentem contigerint; aliis autem modis ante eum diem non extingui: differentiæ hæc ratio est, quod mortuo quanvis ante diem cedentem fructuario, etsi postea dies legati cedat: tamen nullus fructuarius superest, in cuius persona consistat ususfructus. Nam nec in persona defuncti unquam cœpit; nec potest transire ad heredem, quod defuncti nunquam fuit. Et ut forte aliquando ususfructus eius fuisset, tamen morte eius amitteretur. *L.* 3. in fin. *D. quib. mod. ususfr. amit.* Et cum res ante diem legati cedentem mutata est, etsi dies legati cedit postea, & est persona, quæ frui possit: non est res, qua fruatur; sine qua non magis consistit ususfructus, quam sine persona fruentis. Utrumque contra accidit, cum fructuarius ante diem legati cedentem capite minutus est. Nam legati die postea cedente si is vivit, superest & res, qua fruatur, & fructuarius, qui fruatur, dummodo is qui ante, puta, deportatus erat, postea restituatur beneficio principis. Quod si eveniet, quandocumque postea dies ususfructus legati cesserit, recte usumfructum petet, utpote ante non amissum.

VIII. Hoc iure posito, quærendum fuit, quando dies ususfructus legati [1] cedat. Nec vero alius de eo quærendi locus in usufructu, quam in hac amissione. In cæteris quidem rebus legatis hoc idem quæri solet, quando dies legati cedat: sed eo potissimum, ut sciatur, quando transmittatur legatum ad heredes. Transmittitur enim id legatum, cuius dies cessit. *L.* 5. *D. quand. di. leg. ced.* Quod quidem ad acquirendum heredibus legatum pertinet. De quo in legatis suo loco diximus *supra Libr.* 8. *Cap.* 28. At hoc in usufructu quærere supervacuum: quoniam sive post diem ususfructus cedentem, sive aute decedat fructuarius, ususfructus ad heredem non transfertur, ac ne petitio quidem ususfructus. *d. L.* 2. *L.* 3. *D. quand. dies leg. ced.* Solum igitur, ut dixi, huic quæstioni in usufructu locus, cum quæritur de usufructu amittendo ante diem eius cedentem. Ideo hæc eadem ab Ulpiano eodem libro tractata legimus, nempe *decimoseptimo ad Sabinum*, ut indicant *inscriptiones L.* 1. *D. quand. di. us. leg ced.*

1) De hac cessione fusius, Io. del Castillo *quotid. Controv. de Usufr. C.* 8.

ced. & *L.* 1. *quib. mod. usu. amit.* Ius autem de hac cessione sic habet.

IX. Ususfructus legati dies cedit tunc solum, cum & venit, id est, cum ususfructus peti potest. Ut in usufructu idem sit legati diem cedere, & venire, quanvis ususfructus legatus sit ex die. *L.* 1. *§. ult. quand. dies ususfr. leg. ced.* Aliter atque in cæteris rebus, quæ debentur in diem: in quibus ut verbis, ita re sic ista distinguuntur, ut statim cedat dies, id est, incipiat deberi pecunia, etsi nondum peti potest: venire autem dicatur, cum is dies venit, quo pecunia peti possit. *L. cedere, D. de verbor. significat.* Hoc dissimiliter in usufructu, ut significat Ulpianus in *d. L.* 1. in princ. & *§.* 1. *D. quand. dies ususfr. leg. ced.* quia cætera legata consistunt in re, quæ deberi potest ante, quam peti. Ususfructus consistit in fruendo, id est, 2 in facto aliquo eius, qui utitur fruitur: ut proinde non prius esse incipiat, quam fructuarius uti frui possit. Nec vero potest prius, quam venerit tempus, quo & peti potest.

X. Hinc tria tempora notata veteribus, quibus legati dies non cedit. Primum, cum hereditas non 3 est adita. *d. L.* 1. *§.* 1. Merito: nam nec alia legata quælibet quanvis pure relicta, ante aditam hereditatem peti possunt. *L. omnia*, 32. *D. de legat.* 2. Hoc ideo, quia nihil ex testamento peti potest, nisi testamento relictum valet. Nihil autem in testamento scriptum valet, nisi adita hereditate: qua non adita fit irritum testamentum. *L. eam quam, C. de fideicom. L.* 1. *D. de ini. rup.* Iam autem diximus non cedere diem ususfructus legati, nisi cum peti potest.

XI. Secundum tempus est adita iam hereditate, cum ususfructus relictus est ex die, & dies nondum venit. Nam ante peti non potest. De quo ante dixi *d. L.* 1. *§. ult.* Atque hæc duo ususfructus legati propria. Nam cæterorum legatorum, quæ pure, aut in diem relicta sunt, ut dies cedit statim, etiam si nondum venerit: ita & cedit non tantum non adita hereditate; sed etiam statim a morte testatoris. *L. unica*, *§. in novissimo*, *C. de cad. toll.* Scilicet quia, ut dixi, in re consistunt, quæ ante fuit: non ut ususfructus in facto fruendi, quod ante diem legati venientem nullum esse potest.

XII. Tertium tempus est, verbis magis tertium, quam re, cum & adita est hereditas, & verbis ususfructus relictus non nominatim ex die, sed in dies, aut menses, aut annos singulos. In hoc genere legati, sive ususfructus legatus sit, sive res alia, placet plura esse legata; in annuis quidem primi anni purum, sequentium conditionale: inesse enim videri haoc conditionem, si legatarius vivet. *L.* 4. *D. de ann. leg.* Hæc res facit, ut sicut singulorum dierum, mensium, vel annorum distincta sunt legata, ita & eorum dies non semel cedat, sed per tempora adiecta. *d. L.* 1. in princ. *quand. di. ususfr. leg. ced.*

XIII. Hoc eam vim habet, ut si is, cui forte in annos singulos ususfructus legatus est, post primi anni diem cedentem capite minutus sit, huic ususfructus amittatur, sed solum eius anni, qui processit, id est, quo cœperat ususfructus haberi: sequentium autem annorum ususfructus salvus maneat: ut quandocumque fructuarius in integrum restitutus erit adversus capitis minutionem, recipiat eorum annorum sequentium usumfructum. *L.* 1. in fin. *quib. mod. ususfr. amit.* Idem est, & si ususfructus legatus sit alternis diebus, vel mensibus, vel annis. *d. L.* 1. in princ. *quand. di. ususfr. leg. ced. L.* 2. *§.* 1. *D. quib. mod. ususfr. amit.*

XIV. Atque hinc iam potest intelligi, cur ususfructus alternis annis relictus dicatur non utendo non amitti. *d. L. si ususfructus alternis, D. quib. mod. ususf. amit.* Hoc enim veteribus hanc sententiam habet, ut quanvis quis uno anno usus non sit, amitti quidem possit ususfructus eius anni, qui processerat ad usumfructum habendum: ut sequentium non amittatur nec capitis minutione, nec non utendo. *d. L.* 2. *§.* 1. *D. quib. mod. ususfr. amit.* Hodie post *L. corruptionem*, *C. de ususfr.* ejus-

2) Quia semper personam requirit, quæ uti frui possit, ac sine persona, in qua fundetur, subsistere nequit. Uti frui autem nondum licet iacente hereditate, quia dubium, an testamentum exitum habiturum. Henric. a Sverin. *repet. Lect.* C. 23. aliter Rob.*2 *Sent.* 26.

3) Atqui annui legati dies a morte cedit *L.* 12. *§.* 3. *Quan. di. leg.* cum tamen æque non transferatur ad heredem. Discrimen unde? Sverin *d.* C. 23. quia ibi non requiritur factum personæ, sed ius ipsum competit etiam ante aditam hereditatem. Cuiac. ita 23. *Obs.* 10. vel quia ususfructus constituitur cum quis frui potest, Non potest autem frui legatarius antequam heres ei cesserit usumfructum vel in fundum induxerit, *L.* 29. *de Us. leg.* Nec heres potest cedere ante aditionem. Sed huic rationi ait locum esse in legato damnationis, non vindicationis. Vel quia annua legata ex die mortis relinqui solent *L.* 16. *L.* 18. *L.* 19. *de ann. leg* Et hæc mens videtur testatoris, ut annus numeretur a die obitus sui. Quæ præsumptio induci nequit in usufructu. Effectus autem hic. Ususfructus legato, si post multos annos adeatur hereditas, non debetur ususfructus omnium annorum legatario, sed ea die tantum aditionis. Legatis autem annuis relictis, etsi post multos annos adeatur, omnium præteritorum annorum, & sic quoque eorum, qui intervenerunt inter obitum & aditionem, pensitationes debentur, Cuiac *d. loc.* vid. Ægid. Hortens. *ad Tit. Quan. di. us. leg. ced.*

eiusmodi usfructus nullo modo non utendo amittitur, neque in eos annos, qui præcesserunt, neque in futuros: nam in præteritis annis singulis non potest fructuarius dici nisi uno anno usus esse eo usufructu, qui singulis attribuitur; quoniam singulorum annorum sua sunt & distincta legata. At per unum annum non utendo nullius rei ususfructus amittitur, ne si mobilis quidem res sit, ex constitutione Iustiniani. Futurorum autem annorum ususfructus alternis annis relictus ideo non utendo amitti non potest, quia nondum eius dies cessit.

C A P. XXI.

Habitationem, & Operas servorum, utcumque pro usufructu habeantur cæteris in rebus, non tamen superioribus omnibus modis similiter ut ususfructus, amitti: Quibus non amittantur, & quam recte constitutum.

Habitatio, & servorum operæ proprio quodam iure sunt in amissione, & habeuns quoque differunt ab usufructu. Exponitur Papiniani locus in L. 2. *vers.* & quia D. de us. & usufr. legat. I. *Habitatio non utendo, & capitis deminutione non amittitur. Et quare* II. III.

Item nec operæ servorum. IV. *Sed tamen hæ etiam fructuarii morte non amittuntur. Quæ discriminis ratio.* V.

I. Quod ad habitationem, & operas servorum attinet, habent hæc effectu usumfructum: quanvis tamen eorum dies cesserit, non statim amittuntur superioribus modis, sed in ea re proprio quodam iure utuntur. Habitatio, ut initio monui, veteribus erat usus. *L. si habitatio*, in princ. *D. de usu & hab.* Constitutio Iustiniani voluit esse pro usufructu. *L. cum antiquitas, C. de usufr.* Operis servi legatis, placet iam olim, usumfructum contineri. *L.* 4. *D. de op. serv.* Scriptum tamen a Paulo legimus in *L.* 1. *§. si ususfructus, D. ad leg. Falcid.* operis servi legatis neque usum, neque usumfructum legatum videri. A Papiniano item in eamdem sententiam in *L.* 2. *D. de us. & usufr. legat.* hominis operis legatis, legatarium fructuarium non esse. Sed horum utrumque quomodo accipiendum sit, interprete Ulpiano intelligemus, qui de habitatione, & operis loquens in *L.* 5. *§. ult. D. usufr. quem. cau.* ita scribit, hæc duo non per omnia usumfructum imitari. Significans hæc usumfructum imitari, non tamen per omnia, id est, non ita, quin in his aliquid sit dissimile. Quod & verum est. Qua in re ergo est hæc dissimilitudo? Non utique in harum rerum acquisitione: sed nec in eo, quod præcipue harum rerum vim & effectum continet, percipiendi ususfructus iure. Constituuntur enim ista eodem modo, quo usus & ususfructus; testamento scilicet, & pactionibus. Constituta eumdem fructum, eadem commoda accipientibus tribuunt. *d. L. cum antiquitas, C. de usufr. d. L.* 4. *D. de op. serv.* Restat igitur, ut [1] dissimilitudo sit in istis amittendis, qua de amissione nunc agimus. Et est omnino in hac amissione: de qua cum loqueretur Papinianus in *d. L.* 2. *D. de usu & usufr. leg.* non mirum, si definitionem ad hanc speciem retulit, ut diceret eum, cui operæ legatæ sunt, fructuarium non esse, dum hoc sentit per omnia non esse; in hac certe amittendi ratione non esse, ut ab initio ostenderat.

II. De harum ergo specierum duarum amissione ita placuit. De habitatione quidem ita scriptum est in *d. L. si habitatio*, in princ. *D.* de us. & hab. *ad heredem tamen nec ipsa transit; nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.* Ex quo intelligimus, habitationem cæteris omnibus modis amitti ut morte fructuarii, rei mutatione, ususfructus consolidatione. Cæterum duobus his non amitti, non utendo, & capitis deminutione. Sed cur hoc in habitatione potius placuit, quam in usufructu sub appellatione ususfructus aperte relicto: cum veteres ipsi agnoverint in habitatione effectu usum contineri; *d. L. si habitatio, D. de us. & hab. L. si quis uvas*, 32. in fin. *D. de usufruct.* Iustinianus vero in habitatione constituerit ædium usumfructum *d. L. cum antiquitas, C. de usufruct.* Constet autem usum & usum-

1) Male Vult. *in §. pen. I. de usu & hab. n.* 3. nullam esse rationem diversitatis quam quod Romanis ita placuerit. Nec melius *ibid. & ad §. ult. I. de usuf. n.* 1. hoc correctum esse per *L.* 13. *C. de serv.*

usumfructum superioribus omnibus modis pariter amitti? Neque enim dicemus ideo hæc differre, quia verbis distincta sunt; quandoquidem nihil verba plura ad rem pertinent, si res est eadem; cum non verbis, sed rebus leges imponantur. *L.* 2. in fin. *C. comm. de leg.*

III. Et recte, puto, dicemus in habitatione vel, ut olim, usum contineri, vel, ut nunc, usumfructum: sed eum usumfructum, cuius dies per singulos dies cedat, Idque hoc argumento deprehendimus. Nam quæ in facto alieno posita constituuntur alicui pro commodo eius, placet non ante ea cedere, quam is ostenderit se velle his uti, cui constituta sunt; ut de operis liberti definitur in *L. quoties*, in fin. *D. de oper. lib.* Porro sic est habitatio, ut non aliter constituatur alicui, quam ut habitet, cum sibi commodum, & quandiu commodum esse putabit. Non enim ut cæteris rebus statim & semper uti possumus sine incommodo nostro: ita habitare sine incommodo statim possumus. Nam habitare non est tantum versari in ædibus: sed ita versari, ut illic vivas, & te habeas; unde habitandi nomen. Quam ad rem prius necesse est multa necessaria in eam domum importare, lectos, cubilia, suppellectilem, pœnum, & innumera ad victum pertinentia. Sed & habitanti multæ caussæ incidunt vel ab aere, vel ab aliis incommodis, cur velit habitationem mutare. Quare naturæ eius convenit, ut non ante nec diutius dies eius cedat, quam volet habitare. Quod si ita est, fit iure etiam cum usufructu communi, ut habitatio nec non utendo, nec capitis deminutione amittatur. Nam nec ususfructus ipse aperte relictus amitteretur, cuius dies per singulos dies, vel menses, vel annos cederet, ut ante diximus. *d. L.* 1. in pr. *quand. di. ususfr. leg. ced.* Quo magis autem placeat hæc ratio, facit *L. legatum*, *D. de cap. min.* ubi Modestinus legatum in annos singulos, menses singulos, & habitationem legatam in hac ipsa amissione comparat: una oratione definiens utrumque capitis deminutione legatarii interveniente perseverare. Quod nihil aliud est, quam capitis deminutione non amitti. Addit quidem hanc rationem: videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit. Sed & hæc ratio idem exprimit. Quia enim potius in facto est, evenit, ut singulis diebus aut mensibus aut annis dies cedat: quoniam singulorum dierum sua sunt & distincta facta, quæ quotidie constituuntur, & quotidie intereunt, ut de usufructu hac ipsa de caussa traditum est in *L.* 1. §. *penult.* in fin. *D. de usufr. accresc.* Atenim, dicet aliquis, si & ususfructus in facto est, ut est; *L.* 1. in princip. *D. quan. di. ususfruc. leg. ced.* cur non & usumfructum eodem modo non interire dicimus? Quia ita est in facto, ut sit etiam in iure, nisi & ipse in singulos annos, vel menses similiter relictus sit. Sed prior illa ratio & tutior est, & certior; quæ facit, ut eius legati dies non cedat semel, sed sæpius, & per singula tempora adiecta. Quod iuris certi est. *d. L.* 1. in pr. *quan. di. us. leg. ced.*

IV. Operæ servorum legatæ primum duobus illis modis pariter non amittuntur, non utendo, & capitis deminutione. *L.* 2. *D. de usufr. leg.* *L.* 2. *D. de op. serv.* Quod multo minus in his mirum videri debet, quam in habitatione. Nam operæ servorum, uti & libertorum, illæ sunt præcipue, de quibus traditum est, cum edantur ex commodo & arbitrio eius, cui debentur, absurdum esse eas cedere ante, quam ille sibi commodum esse ostenderit, seu quam fuerint indictæ. *L. cum patronus*, in pr. *L. quoties*, in fin. *D. de op. lib.*

V. Sed hoc amplius est in operis, quam in habitatione, ut operæ legatæ nec morte legatarii amittantur, sed ad heredem eius transeant. *d. L.* 2. *de usufr. leg.* Quod quidem prima ratione multo minus liquet, quam superiora. Finitur omnis ususfructus morte, etiam si nondum eius dies cesserit. *L.* 2. *L.* 3. *quand. di. leg. ced.* Sed & finitur habitatio, quantumvis placeat eam capitis minutione fructuarii non interire. *d. L. si habitatio*. *D. de us. & hab. d. L. legatum*. *D. de cap. min.* Cur ergo hoc dissimiliter in operis servorum, in quibus fatemur consistere fructum hominis? *L.* 4. *D. de op. serv.* Opinor, quia ususfructus & habitatio facta habent consistentia in persona utentis, seu eius, cui illa debentur. Operæ servorum [2] facta consistentia in persona servorum, qui illas debent. Si hæc facta ex alicuius persona æstimari oportet, ut in hac amissione æstimari videmus: plane naturæ cuiusque conveniebat, ut unumquodque ex persona eius in quo consistebat, aut staret, aut interiret. Consentaneum igitur, ut ususfructus & habitatio, quæ in facto utentis consistunt, ex persona quo-

2) Cuiac. *d. loc.* 7. *ad Afr.* Nomen, ait, operarum ostendit eas spectari ex persona operarii. Ideoque manente eo manent operæ in obligatione, etsi creditor non petat, capite minuatur, moriatur.

quoque eius intereant, non alterius. Operæ autem, quæ sunt in facto servi, etiam ex huius persona sic æstimentur, ut non intereant ullo modo ex persona fructuarii.

CAP. XXII.

Ne usumfructum quidem, etiam cuius dies cesserit, ullo modo ex superioribus amitti, si sit repetitus. Repetitus ususfructus quomodo intelligatur. In operis servorum legatis contra evenire, ut hæ aliter quoque quam superioribus modis amittantur. Id uno modo contingere, usucapione servi. Et quam recte receptum præter rationem communem omnium aliarum rerum, quarum ususfructus legatus est.

Ususfructus etiam, qui fuerit repetitus, non utendo, & capitis deminutione non amittitur. Qui sit eiusmodi. I.
Repetitus hac adiectione: Quoties amissus erit, *valet, excepta 1. morte fructuarii.* II.
Nisi tamen & hic heredibus ita legaverit testator. Quæ hic heredum habenda interpretatio, alibi ex Iustiniano. III.
2. Ipsius rei mutatione. IV.
Repetitio ususfructus expressa, vel tacita. Duplex utriusque modus: & quæ modi utriusque clausulæ seu formæ. V.
Quatuor exceptionum tribus proximis capitibus expositarum collectio; & ad aliam transitio. VI.
Servorum operæ non iis modis dumtaxat, quibus ususfructus; sed præterea & dominii mutatione, & usucapione servi amittuntur. VII.
Contraria diluuntur. Et differentiæ ratio explicatur. VIII.

I. Sed quisquis erit, non dico, usus aut habitatio, aut operæ servorum; sed verus ususfructus, etiam quem constet natura sua superioribus modis amitti posse: tamen voluntate testatoris fit, ut non amittatur, si sit repetitus. Repeti ususfructus legatus potest. *L. repeti. D. quib. mod. ususfruct. amitt.* Repetitus tam retinetur, quam si amissus non esset. *L. 3. §. 1. D. eod.* Repetitus ususfructus dicitur, cum testator eum usumfructum, quem ab initio legavit, iterum eidem legat sub conditione, si sit amissus. *d. L. 3.* in princip.

II. Quocumque modo amissus sit ususfructus, si isto modo repetatur, valet. *d. L. repeti. d. L. 3.* in princ. Dummodo non sit amissus morte fructuarii. *d. L. repeti.* Ut puta, testator frustra ita leget: fundi Corneliani usumfructum Titio do lego: & si morietur, ei lego. Merito. Nam neque hic ususfructus ex repetitione ipsi Titio deberi potest, neque eius heredibus: illi, quia mortuo legari non potest: Eius heredibus, quia his nihil est legatum.

III. Sane si heredibus testator legaverit, recte repetetur ususfructus, ut utiliter ad eos transeat. *d. L. repeti,* in pr. *D. quib. mod. ususfruct. amitt.* Dum tamen meminerimus hoc legatum sic accipiendum ex constitutione Iustiniani, ut ad heredem tantum primum pertineat. *L. antiquitas, C. de usufr.* Quod quam recte constitutum sit ex natura ususfructus, & mente legantis, dixi *supra huius Libri Cap. 17.*

IV. Quod de morte fructuarii Ulpianus dicit, post hanc usumfructum etiam repetitum intercidere: licet intelligere idem iuris esse & in rei fructuariæ mutatione. Nam ut post mortem fructuarii nemo est, qui utatur fruatur ex voluntate testatoris: sic re mutata, non est res, quæ hunc usumfructum recipiat. Neque vero magis sine re, qua utamur, consistere ususfructus potest, quam sine persona, quæ utatur fruatur. Unde videmus simul hæc concurrere in usufructu amittendo, cuius dies nondum cessit, ut quemadmodum placet eum morte fructuarii amitti: ita placeat amitti pariter & rei mutatione, ut *supra* ostendimus *Cap. 20. eiusdem Libri.*

V. Repetitus ususfructus sic intelligitur, ut alias exprimatur repetitio; alias significetur. Exprimitur cum aperte iterum legatur idem ususfructus, expressa conditio-

tione: [1] si amissus erit: vel specialiter, ut *quoties amissus erit capitis deminutione:* vel generaliter & universim, ut *quoties amissus erit, vel cum amissus erit, do lego. L.* 3. in princ. *D. quib. mod. usufsr. amitt.* Non expressa repetitio significatur, & nihilominus eumdem effectum habet, cum omissa superioris legati & conditionis repetitione, usufructus legatur alicui, *quandiu vivet*. Idem est & si legetur ad tempus, quamvis certum, puta usque ad decennium. *d. L.* 3. in princ. Quod ad tempus legatur, eiusmodi esse apparet, ut velit testator usque ad id tempus omnimodo deberi: Ergo etsi per id tempus aliquoties amissus erit. Quod si interim amissum nihilominus deberi vult: perspicuum est voluntate eius iterum usque ad idem tempus legari. Hoc autem nihil aliud, quam usumfructum usque ad id tempus repeti in eum casum, quo amissus erit. Ergo etsi ususfructus alicui relictus erit in annos singulos, aut menses, aut dies, idem dicendum erit, ut commemoratio temporum repetitionis potestatem habeat. *L.* 2. *§.* 1. *D. quib. mod. usufruc. amit.* Quia scilicet legatum huiusmodi ut plura legata habet: ita primi anni legatum purum est, sequentium sub hac conditione, si legatarius vivet, eoque & quandiu legatarius vivet. *L.* 4. *D. de ann. legat.* Quamquam cur hoc legatum aliis modis, quam morte aut rei mutatione non amittatur, hæc etiam ratio est quod per singula tempora adiecta eius legati dies cedat, ut *supra* diximus. *L.* 1. in princ. *quand. di. leg. ced.*

VI. Sunt ergo hæ exceptiones quatuor, in quibus accidit, quod proposui, ut neque omnis ususfructus superioribus omnibus modis intereat, neque semper, qualiscumque sit ususfructus. Exceptiones ad eam partem collatæ, qua superioribus modis amitti usumfructum dicebamus. Altera parte circa hanc amissionem fuit, qua diximus, ut superioribus modis ususfructus amittitur, sic aliis non amitti.

VII. Hic una exceptio est in operis servorum legatis. Cæterarum rerum ususfructus, atque adeo servitutes ipsæ prædiorum, mutatione dominii non amittuntur, eoque nec usucapione. *L. neque D. quib. mod. us. amit. L. locum. §. pen. D. de usuf.* Operæ servorum legatæ contra. Servo usucapto, harum legatum perit, ut est responsum Papiniani in *L.* 2. in fin. *D. de usufruc. leg.*

VIII. Cuius sive iuris, sive sententiæ ratio merito quæritur. Est enim eiusmodi, ut potius contra manifestam iuris & æquitatis rationem constitutum videatur: ut nisi certa ratione defenditur, sit potius plane reiiciendum. Placet usucapionem non perimere ius alienum, quod fuit in re ante, quam usucaperetur. Puta, re usucapta, non perimitur creditori pignus, quod in ea re ante usucapionem habuit: non ususfructus ante constitutus. *L. iusto, §. non mutat. D. de usucap. d. L. locum, §. pen. D. de usufr.* Hoc quidem per se satis argumenti esse videbatur, ut diceremus nec servo usucapto perimi ius operarum, quod legatarius in eo servo habuit. Sed quo magis id dicamus, adiicitur a Papiniano in *d. §. non mutat.* ea ratio circa pignus & usumfructum, quæ plane ad operas pertineat. Negat ille usucapione pignus aut usumfructum amitti, quia hæc nulla societate dominio coniunguntur. Atqui eadem est caussa operarum. Possunt enim servi operæ legari alii, & alius esse dominus servi. Immo vero nulli alii operæ servi utilius legari possunt, quam non domino. *tot. Tit. D. de op. serv.* ut plane nihil inter se coniuncti habeant, dominium servi, & operæ eius legatæ. Quare superiore ratione in pignore & usufructu per usucapionem non amittendo posita, quæ & optima est, & reddita a Papiniano in *d. §. non mutat.* par erat, ut idem Papinianus sibi contentiens idem de operis responderet, servo videlicet usucapto, non perire operas in eo servo legatas. Aut si hoc ante ius certum fuit, quod Papinianus tantum usurpavit: fatendum, aut non recte esse constitutum, aut cur hic a superiore iure recessum sit, ratio est explicanda. Nos vero dicemus neque hic quidquam fieri adversus ius superius de vi usucapionis receptum, & quod de amittendis usucapione operis præter rationem communem ususfructus & reliquarum servitutum constituitur, propria quadam ratione operarum recte constitui. Operæ

1) Obst. *L.* 23. *de Us. leg.* ex qua probari videtur tunc tantum repetitioni locum esse cum in annos singulos relegatur. Variantes ea lex & interpretationes & correctiones patitur. Cuiacius 14. *Obs.* 17. *&* 2. *not.* Merc. 5. pro *tunc tantum* legit *nec tantum:* Robertus, notato Cuiacio 1. *Animadv.* 5. *&* 1. *notat. ad* Merc. 5. ex vetustis *MSS.* ac impressis libris *tunc tamen.* Perrenon 2. *Animadv.* 5. *nec tamen*. Sane graviter ægrotat is locus, cui an lenior medicina fieri possit nondum liquet. Quid tamen si dicemus verborum: *tunc tantum esse huic constitutioni locum*, non esse eum sensum, quasi repetitio non in aliis legatis, quam quæ in singulos annos relicta, fieri possit; sed quod hoc casu plusculum sit dubii, an ipsa relegatione tacite repetitus censeatur ususfructus, ac per eam a communi natura aliquatenus recessum, ideoque tunc *locum esse* constitutioni, id est desideratum fuisse Imperatoris rescriptum, cum in eo casu, quo testator expressis verbis repetiit, ob non dubiam legantis voluntatem, nec princeps adeundus fuerit.

peræ servi legatæ, usucapto servo, pereunt. At non propter usucapionem, quam quidem semper fatendum est non mutare ius in eo servo ante constitutum: sed propter velut [1] mutationem quandam personæ in servn contingentem tunc, cum servus in alterius domini potestatem usucapione transit. Dubium enim non est, quin quidquid est servi, ac conditio ipsa personæ, quæcumque est, sit domini, iure potestatis. Omnia enim in potestate: potestas autem domini. *L. ult. D. de stip. serv.* Constat autem ut domini sunt, ita esse aliam atque aliam dominorum potestatem. Quapropter & dominlo mutato fit alia servi conditin, quando hæc conditio tota est dominicæ potestatis. Quam autem recte placeat propter hanc mutationem perire operas servi, ex iis ipsis, quæ de persona eius, non autem legatarii spectanda esse diximus, intelligi potest. Prius pro legatario, cui operæ legatæ sunt, constitutum erat, ut ne operæ servi amitterentur ex persona legatarii, quo ei maneret ususfructus, sed ex persona tantum servi; ut in cuius persona operæ consisterent. *d. L. 2. D. de usufr. leg.* Conveniebat, ut adversus eumdem legatarium placeret personam servi spectari, quo operæ eidem illi legatario perirent. Ratio ducta ex illa regula generali æquitatis. Quod quisque iuris in alium statuerit, ut ipse eodem iure utatur. *L. 1. D. quod quis. iur.* Vult legatarius, si quid in persona sua contigerit, nihilominus personam servi spectari, quæ eadem manet, ut retineat usumfructum, idque adversus dominum servi. Æquum est, ut velit eumdem spectari adversus se, ut si quid in servi persona contigerit, usumfructum amittat.

[1]) Cuiac. 19. *Observ.* 23. ita: Quia operæ consistunt in actu & ministerio servi. Ergo ius dominii sequuntur, quod usucapione quæsitum est.

C A P. XXIII.

Amissus ususfructus ad quos redeat: Et de usufructu accrescendo.

Rerum nexus, & instituendæ per se quæstionis necessitas. I.

Amissus ususfructus, si re conlunctum non habet, redit ad proprietarium. II.

Totus, aut pro parte. Amissæ partis exempla. III. IV.

Sed amissa coniuncti *portio alteri accrescit.* V.

Ius accrescendi inter fructuarios quid sit. Et cur hic a communi loco de iure accrescendi separata de usufructu instituta tractatio. VI. VII.

Tria segregatæ quæ tractationis capita. VIII.

1. *Portio legati ususfructus quæsita, & postea quocunque modo amissa in uno accrescit alteri, cui eiusdem rei legatusfuit ususfructus, & qnare non idem iuris in legata proprietate.* IX.

Ususfructus quotidie legari potius, quam proprietas quare dicatur. X.

Contrarius occurritur. XI.

2. *Portio legati ususfructus amissa coniuncto, etiam qui amiserit, partem suam accrescit. In hereditate vel legato secus.* XII.

3. *In coniunctionis modo, communia; quædam sed ex his item propria.* XIII.

Commune ius accrescendi in re coniunctis; *Eædem coniungendi formæ & effectus:* & in re disiunctis *cessatio iuris accrescendi.* XIV.

Ususfructus propria coniunctio, *ideoque ius accrescendi inter hunc, cui testator fundum legaverit; & illum, cui legaverit eiusdem fundi usumfructum.* XV.

Item ius accrescendi salvum illi, cui post amissam partem testator relegavit eumdem, quem ab initio coniunctim habuerat, usumfructum. XVI.

Etsi non integrum, si partem dumtaxat relegaverit, non totum. XVII.

Item propria ususfructus ex alio disiunctorum capite duplex species. XVIII.

1. *Nullum ius accrescendi inter institutos hæredes in usufructu eius rei, cuius proprietas fuit alicui legata.* XIX.

2. *Item nullum ius inter eos, quorum singulis ab heredibus singulis legatur eiusdem rei ususfructus.* XX.

Pars

Pars deficiens usufructus communi servo legati, & per hunc utrique domino quæsiti ad alterum ex dominis pertinet non iure accrescendi, sed iure potestatis. Celsus in L. & Proculo 20. D. de leg. 2. *Cum Ulpiano in* L. 1. §. denique D. de usufr. accr. *conciliatur*. XXI. XXII.

Quid intersit quo iure pars unius domini deficiens ad alterum pertineat. Explicatur Ulpiani locus in L. 1. §. idem ait. D. de usufr. accresc. XXIII. XXIV.

I. Amisso finitoque usufructu, ex re ipsa incidit quæstio, & ea postrema de constituto usufructu, ad quem is amissus redeat. Non admodum necessaria, quæ separatim tractetur, si quidem amissus semper ad proprietatem rediret. Sufficeret enim uno verbo moneri, usumfructum ut cum constituitur, separatur a proprietate: ita postquam esse desiit, ad eamdem proprietatem, unde discesserat, reverti. Nunc autem non semper amissus redit ad proprietatem. Ideo de eo amplius hoc loco cognoscendum.

II. Et duo sunt, ad quos amissus usufructus redit iure, proprietarius; & qui ex pluribus in eundem usumfructum coniunctus est. Non tamen ut his acquiratur simul & coniunctim: sed cuique suo loco atque ordine. Nam si duo coniuncti sint in eundem usumfructum, prima hic caussa est coniunctorum, ut, uno usumfructum amittente, usufructus ad alterum redeat, nihil ad proprietarium, ut mox dicetur. Quod si nulli hi coniuncti erunt, tum usufructus redit ad proprietatem.

III. Et quidem citra controversiam tunc, cum finitus fuerit totus, quæ conditio additur in §. *ult. Inst. de usuf.* Cum enim usufructus dominii pars sit: *L. Mævius, 66. §. pen. L. cum filius, 76. §. dominus, D. de leg. 2. L. 4. D. de usuf.* necesse est, si alius usumfructum non habet, quod contingit omnium, qui prius habuerunt, usufructu amisso, eum usumfructum cum dominio coniungi, eoque ad proprietarium pertinere. Quid ergo, si pro parte tantum amissus erit usufructus? nam hæc conditio, ut dixi, nominatim additur in *d. §. ult. Inst. de usuf.* ut illic dicatur usufructus reverti ad proprietatem, cum scilicet finitus fuerit totus. Et sciendum est, non ideo addi illic hanc conditionem, quia si usufructus pro parte amittatur, nunquam redeat ad proprietatem: sed quia non redit semper. Non enim redit tunc, ut dixi, cum plures in eumdem usumfructum coniuncti sunt, & unus usumfructum suum amittit, de quo postea. Cæterum ubi unus est tantum fructuarius, aut plures non coniuncti: sive totus amissus est usufructus, sive pars tantum, quidquid inde amissum est, ad proprietatem redit, ut pote pars dominii, cui & eam partem adiungi necesse sit, si a nullo alio habeatur.

IV. Multis modis pro parte usumfructum amitti posse supra diximus: veluti, si quis fundo pro parte divisa aut indivisa usus non sit: si pars fundi certis regionibus a flumine novo alveo occupata sit: si in parte areæ fructuariæ ædificium positum: si partem usufructus fructuarius cesserit extraneo: & si quæ sunt similia. Nam, excepta capitis minutione, vel morte, reliquas caussas vel pro parte interitum usufructus recipere convenit. *L. excepta, L. placet, D. quib. mod. uf. amit.* In his omnibus hoc tenendum est, usumfructum amissum ad proprietatem redire. Nec alia re magis id probatur, quam quod dicitur his modis pars usufructus amitti. Nam si amittitur, apud eumdem fructuarium non manet. Quod si non manet, ad quem redire potest, nisi ad eam proprietatem, quæ hunc tanquam partem sui ad se trahit? Sed etsi pluribus eiusdem rei usufructus constitutus sit: si tamen inter eos non sit ius accrescendi, uno parem suam amittente, pars ad proprietarium redit, non ad alterum, cui eiusdem rei usufructus constitutus est. *L. 2. D. de usufr. accresc. L. si sub conditione, D. quib. mod. usufr. amit.*

V. Sed hæc, inquam, ita, si nulli sint in eumdem usumfructum [1] testamento coniuncti. Quod si erunt, tum sane usufructus redibit ad proprietatem, cum totus finitus fuerit, ut est in *d. §. ult. Inst. de usufr.* idest, cum omnes coniuncti usumfructum amiserint. Uno autem tantum usumfructum amittente, usufructus amissus ad coniunctum redit, non ad proprietatem, idque accrescendi iure. Id autem ius tale est. Ut in cæteris rebus legatis cum eadem res pluribus ab eodem testatore legata est, quos coniunctos, dicimus, quia in eamdem rem coniuncti sunt. *L. re coniuncti, D. de leg. 3. L. triplici, D. de verbor. significat.* est inter legatarios ius accrescendi, quo fit, ut unius deficientis

1) Aliud in usufructu inter vivos constituto, ut recte contra DD. vulgo Cuiac. *ad L. 64. de Contr. empt.* Vasq. *Lib. 1. de Success. creat.* §. 10. n. 127. Io. Snev. *Lib. 2 de I. accresc. C. 2. pag.* 82. Svenn. *de Usufr. accr. pag.* 3. *& seq.*

tis portio alteri coniuncto accrescat. §. *si eadem*, *Inst. de leg. L.* 1. §. *interdum*, *D. de usufr. accresc.* ita est & inter plures fructuarios, quibus ab eodem testatore eiusdem rei ususfructus in solidum legatus est, sive coniunctim, sive separatim. *d. L.* 1. in pr. & §. *interdum*, *L.* 3. in pr. *D. de usufr. acc.*

VI. Hoc iure pars amissa & deficiens aperte accquiritur ei coniuncto, cui prius quæsita non erat: ut videri possit hic locus de usufructu accrescendo referri debuisse ad eos modos, quibus ususfructus acquiritur. Sed animadvertendum est, deficientem hanc partem non acquiri alteri coniuncto, nisi postquam amissa est. Ita prius est omnino, ut de ipsa amissione quæratur, quam de amissionis effectu, ut non sit alius opportunus de hac re quærendi locus, quam hic, in quo quæritur, amissus ususfructus ad quos redeat. Et certe amissus ususfructus totus ad proprietatem rediens ei quoque acquiritur, cum pars eius non esset. Neque tamen prius agitur de hac acquisitione, quam constiterit usumfructum esse amissum, ut quæratur, ad quem hic amissus redeat: *d.* §. *ult. Inst. de usufr.* Et observare possumus hunc eundem locum ibi tractatum esse a veteribus, ubi de amissione ususfructus ab his agebatur. Certe de his eodem libro scriptum esse ab Ulpiano, nempe libro 17. *ad Sabinum*, indicant *inscriptiones L.* 1. *D. de usufr. accresc.* & *L.* 1. *D. quib. mod. ususfr. amit.*

VII. Nunc de ipso iure videamus. Et si in usufructu idem servaretur per omnia de iure accrescendi, quod in cæteris rebus, cum res eadem pluribus legata est, nihil opus esset separatim de eo in usufructu agere. Sufficeret enim quæstionem remitti ad locum communem de iure accrescendi, quod esset inter plures heredes, aut legatarios. De quo ante diximus cum in hereditatibus *Lib.* 7. tum in legatis *Lib.* 8. Ius comprehensum de hereditatibus & legatis præcipue in *L. unica*, §. *his ita*, §. *ubi autem. C. de cad. tol.* Nunc autem in eo iure propria quædam sunt ususfructus, propter quæ necesse sit de usufructu accrescendo separatim agere, ut & in Pandectis, & a veteribus hoc loco factum videmus. Quod & ius nunc breviter exsequar: non ut communia quæ sunt, percurram, quæ melius ex loco communi petentur: sed ut attingam tantum, quæ sunt huius loci propria, & quorum caussa hæc tractatio instituitur.

VIII. Tria sunt igitur, de quibus præcipue in usufructu accrescendo moneri oporteat, ex quibus duo priora vere singularia & propria ususfructus: tertium vel proprium, vel eiusmodi, de quo an proprium sit, possit dubitari. Primum est in parte ususfructus deficiente, eademque accrescente. Alterum in persona eius, cui eam partem accrescere volumus. Tertium in coniunctionis modo, qui ius adcrescendi admittat.

IX. Primum in parte deficiente & accrescente hoc singulare. Nam in cæteris rebus cum eadem res pluribus relicta est, nunquam unius portio cuiquam accrescere potest, nisi cum is, cuius ea portio est, defecit, id est, ea portione exclusus est, vel quia noluit ad se pertinere, vel quia decessit, die legati nondum cedente, vel quia conditio, sub qua relictum erat, defecit. Idemque in pluribus heredibus, qui ad eamdem hereditatem vocati sunt, ius est. §. *si eadem*, *Inst. de leg. L. qui ex duabus*, §. *ult. D. de acq. hered. L. si ex pluribus*, *D. de suis & leg. her. L.* 3. §. *ult.* & 2. *LL. seqq. D. de bon. possess.* In usufructu hoc plus esse traditur in *L.* 1. §. *interdum*, *D. de usufr. accr.* quod & constitutus, & postea amissus nihilominus ius accrescendi admittit. Finge Primo & Secundo legatum usumfructum fundi. Altero quidem repudiante, constat alterum totum usumfructum habiturum. Sed ut maxime ambo legatum agnoverint, si unus postea portionem suam amiserit vel morte, vel capitis deminutione, vel quo alio modo, nihilominus alteri coniuncto accrescet. Addita est ibidem ratio Celsi & Iuliani; ususfructus, aiunt, quotidie constituitur & legatur; non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum. *d. L.* 1. §. *interdum*, in fin. Hæc ratio hanc sententiam & collationem continet. Cum res eadem duobus legata est, neutrius portio deficiens accrescit alteri, nisi quæ etiam illi alteri legatur. Ideo enim placet eam ad alterum totam pertinere iure accrescendi, quia tota ei legari intelligitur, altero non concurrente. §. *si eadem*, *Inst. de leg. L. coniunctim*, 80. *D. de leg.* 3. *L.* 3. in pr. *D. de us. acc.* At cum proprietas legata est duobus, legatur eo solo tempore, quo vindicatur, aut vindicari potest, id est, quo nondum quæsita est. Quippe semel vindicata & quæsita non potest dici alterutri legari: vel eidem quia eam iam habet, & quod eius est, amplius eius fieri non potest: §. *sic itaque*, *Inst. de act.* vel alteri coniuncto, quia

quia partibus unius concursu factis, neutri legatur solidum. *d. L. coniunctim, de leg.* 3 Quare si portio proprietatis semel quaesita postea amittatur, ne accrescet quidem coniuncto, cui amplius non legatur. Commutata ratione in ususfructu contrarium nimirum colligi oportuit. Sic ergo in ususfructu assumptio est: At ususfructus eiusdem rei duobus legatus non solum ab initio cum vindicatur, aut vindicari potest nondum quaesitus, legatur utrique coniuncto in solidum: sed & quaesitus, & postea in unius persona amissus. Id enim ita esse necesse est, si hic ususfructus in solidum legatus ab initio [2] quotidie constituitur & legatur: ac verum est quotidie constitui & legari. Ex quo efficitur etiam quaesitum ac postea in unius persona amissum, alteri, cui ita legatur, accrescere, & quod idem est, ad alterum legati iure pertinere.

X. Sed cur potius dicitur ususfructus legari quotidie, quam proprietas? Quia unius rei proprietas & ipsa una est: quae semel legata, id est, testamento data, amplius dari non potest. *d. §. sic itaque, Institut. de act.* eoque nec legari. Ususfructus autem quanvis unius rei, non tamen est unus, sed multiplex. Consistit enim in facto utentis fruentis, ut non prius constituatur re vera, quam quis iam uti frui potest, ut est in *L.* 1. in princ. & §. 1. *D. quand. di. ususfr. leg. ced.* Singulorum autem dierum est, ut quis dici possit unoquoque die incipiente uti frui posse. Quocirca quot sunt dies, tot sunt distincti ususfructus. Qui si legantur, sequitur ut dicendum sit horum dierum singulorum, & ut veteres dixerunt, quotidie usumfructum constitui & legari.

XI. Sed videamus, ne contrarium sit, quod placet ususfructus simpliciter relicti diem semel cedere. *L. 1. D. quand. di. ususfr. leg ced.* Non enim videtur dici posse apertius, usumfructum simpliciter relictum, non videri quotidie constitui, quam his verbis: quoniam qui in dies singulos legatur, placet eius diem non semel cedere, sed per singulos dies. *d. L. 1. quand. di. us. leg. ced.* Nihil autem interest, utrum dicamus quid legari in singulos dies, an singulis diebus, an quot diebus, id est, quotidie. *L. nec semel. §. novissime. D. quan. di. leg. ced.* Sed multum interest in voluntate testatoris, utrum aperte legetur ususfructus in dies singulos, an tacite. Aperte si legatur, dies eius saepius cedit, quia testator nominatim dies adiiciendo non potest videri aliud voluisse, quam ut plures essent ususfructus, quos singulis diebus distinctos & repetitos esse voluit. Singuli autem singulorum dierum ususfructus non possunt prius cedere, quam uniuscuiusque dies venerit. At cum tacite singulis diebus legatur ususfructus, quod fit cum simpliciter legando: contraria de caussa dies eius semel tantum & statim cedit, quia testator commemoratione dierum detracta, hoc ipsum se velle declaravit, ut tanquam unus ususfructus esset, ita semel acquireretur. Quod non fit aliter, quam si dies eius semel, & ab initio cedat.

XII. Alterum singulare est in persona eius, cui amissus ususfructus accrescit, quod in caeteris rebus relictis, sive hereditas est, sive legatum, nunquam deficientis portio alteri vel coheredi vel collegatario accrescit, nisi ei, qui suam portionem agnovit, & agnitam habet. *d. L.* 3. in fin. & *LL. 2. seqq. D. de bon. poss. L. si ex pluribus, D. de suis & leg. her. L. unica, §. his ita, §. ubi autem, C. de cad. tol.* Ususfructus autem etiam non habenti partem suam, sed amittenti accrescit. 3 *L. interdum, D. de usufr. accresc.*

2) Duar. *Lib. 1 de I. accr. C. 21.* id inde esse quod constituatur patientia debitoris *L. 3. pr. de Usufr.* quae tractum temporis habet, ideoque nunquam dici posse omnino acquisitum, & Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 41. in ususfructu non fieri plenam ac perfectam acquisitionem, ut in proprietate, sed illam habere caussam successivam. Tenetur, inquit, proprietarius ad patientiam in futurum praestandam; ideoque locus iuri accrescendi tanquam in re vel parte non perfecte acquisita. Et Vasq *Lib. 3. de Success. progr. §. 21. n.* 51. Usumfructum reputari quotidie novum, cum constituatur per patientiam. Quae ratio displicet Roberto 2. *Sent.* 24. quia patientia hic, ut & in omni servitute loco traditionis ab initio exigitur, quam semel intervenisse sufficit. Et passim dicitur ususfructus acquisitus, nec certe per patientiam semel quaesitus amittitur, si postea non patiatur utifrui dominus, nisi non utendo per tempus praestitutum. Nec melius tamen Robertus hic cuiusque diei legato inesse conditionem, si vivat legatarius; cum nec ultra tempus quo persona subsistit, protrahi possit; nec ut annuum legatum, annis discretum sit. Ideo quovis die cedere & quotidie legari. Immo non nisi semel cedit; nisi repetitus sit, vel in annos diesve singulos relictus *L. 1. pr. Quan. di us. leg. ced.* Aliter & intricate Hortens. *ad L. 1. §. 3 h. t. p.* 89. *& seq.* Caeterum Vasq. *d. loc.* DD. distinguere scribit. Ut inter re tantum coniunctos in usufructum sit locus iuri non decrescendi, si portio collegatario nostrum quaesita obveniat; sin acquisita, iuri accrescendi: ipse autem *d. n.* 51. contra DD. priori quoque casu statuit ius accrescendi, cum ICti sic vocent *L. 1. §. 3. h. t.* Et recte, licet sibi contrarius sit. *L. 1. de su cess. creat. §. 10 n. 128. & seq.*

3) Cuius species valde obscura, nec de ea satis liquet. Noster sane exemplum facile ponit, sed generale, nec quod verbis *d. L.* 10. accommodare possit, nec an ita indistincte obtinere debeat dubio magno vacans. Cuiac. 9. *Obs.* 11. quaestionem sic tripartito dirimit. (1) Si A. & B. legatus est ususfructus & portio A. ei ablata est iudicio, deficiens deinde portio B. non obvenit victori, aut proprietario, sed collegatario A. (2) Si vero A. non utendo amiserit, aut partis dominii acquisitione; quo casu pars eius obvenit B. tunc B. amittente non accrescit A. sed proprietati, quia in persona A. amplius spectari nequit, qui totus in personam B. recidit (3) (quam speciem *L.* 10. constituit.) Si A. lis fuit de ususfructu non cum possessore, sed alio qui litem obtulit, & sententia secundum illum dicta: hic portio A. sen-

cresc. unde illud veterum, in iure accrescendi portionem fundi velut alluvionem portioni: usumfructum autem accrescere personæ. *L. si Titio*, 33. §. 1. *D. de usufr.* ut sit sensus, in cæteris rebus, quarum una aliqua pluribus legata est, portionem unius deficientem portioni, ut fit in alluvione, accrescere; ut si quis ex coniunctis unam portionem non habet, ei nihil accrescat: usumfructum autem ab uno ex coniunctis amissum sic accrescere alteri coniuncto, ut accrescat, sive is suam partem habeat, sive eam amiserit, atque ita fiat, ut accrescat ei, solius personæ eius habita ratione, non ullius portionis, quam prius ex eodem usufructu habere cœperit. Quod efficitur eadem illa ratione, quæ supra reddita est in portione ususfructus accrescente, quia scilicet ususfructus quotidie constituitur & legatur. *d. L.* 1. §. *interdum*, in fin. *D. de usufr. accr.* Propone hoc modo: Primo & secundo ususfructus fundi legatus est. Primus portionem suam repudiavit, vel sic agnovit, ut eam postea amitteret aut capitis deminutione, aut non utendo. Deinde secundus & ipse portionem suam vel repudiavit, vel prius quæsitam amisit. Volumus hanc portionem nihilominus Primo accrescere, non autem ad proprietarium redire, si modo Primus eo statu sit, ut quid possit capere. Nempe hoc consequens est illi sententiæ, qua placet usumfructum quotidie constitui & legari. Nam hoc si ita est, dicendum est, eo tempore, quo posterior deficit, eumdem usumfructum videri adhuc utrique illi coniuncto Primo & Secundo legari, eoque & eum, qui Secundi fuerat. Qui si adhuc tunc legatur, necesse est eum, qui legatur, in solidum ad Primum pertinere, ubi Secundus in eum non concurrat, ut est ius accrescendi. *d. L.* 3 in pr. *D. de usufr. accresc. d. L. coniunctim. D. de leg.* 3. Ita una hac ratione fit, ut & amissus postea ususfructus accrescat, & accrescat suam portionem amittenti. Amissus; quia adhuc item ususfructus legatur alteri coniuncto, Suam partem amittenti; quia

sententia amissa, nec acquiritur victori, quia non possidet usumfructum, nec possessori, quia non litigavit; sed accrescit B. quamvis & hic mox partem suam amiserit. Quæ ad proprietatem redit, non autem A. accrescit, quia is pro fructuario, toto usufructu B. quæsito, haberi nequit. Sed hæc refellere nititur Sverin. *de Us. accr. pag.* 79. *& seqq.* & contra priorem partem obiicit, quod si victus A. eius portio coniuncto potius obvenire debeat, ne res inter alios iudicata, illi noceat. Resp. ego pro Cuiacio. At si aliqua auctoritas rei iudicatæ & vis, saltem inter litigantes: necesse est is ususfructus partem habeat, secundum quem sententia lata. Neque sic ulla parte deterior fit conditio B. quam si vel lis nunquam mota, vel pro A. iudicatum fuisset. Quoad secundum, falsum putat Sverinus quod non utendo amissus accrescat, de quo postea, itemque quod consolidatio det ius accrescendi *L.* 3. §. *ult. h. t.* Recte hoc. Falsum item quod in persona A. spectari amplius nequeat. Nam & qui totus in unum recidit, quandoque totus vel pro parte ad alium reverti potest *L.* 6. §. *ult. h. t. L.* 1. §. *ult. Quib. mo. us. am.* Recte & hoc, opinor. Quoad tertiam obiicit. Res inter alios iudicata nec prodesse aliis. Quare sententiam contra A. dictam non parere B. ius accrescendi. Male. Nam si hic B. accrescit, non fit id rei iudicatæ, sed propter amissionem collegatarii; (tametsi huic caussam dederit res iudicata) ex voluntate testatoris. Sic in simili, capitis deminutione amissa pars ususfructus accrescit non vi capitis minutionis, ne pœna unius lucro afficiat alium, sed voluntate legantis, qui tacite, in hunc & alium quemcunque amissionis eventum, coniunctum quasi substituisse censetur. Sed tamen & Cuiacium refellit Hortens. *ad d. L.* 10. quia vult iudicio amissum usumfructum non accrescere, quasi nec sit amissus, cum hic modus amittendi reperiatur 3. *Sent.* Pauli 6. & quia per sententiam quasi constitutus ususfructus declaratur (licet non constituatur.) Quid enim prodesset defensori absolutio &c. Ipse autem negatione adiecta legit in *d. L.* 10. *non consequitur:* hoc sensu A. non consequitur eam partem a possessore, quam iudicio ipse amisit, sed eam quam B. non utendo aliterve amisit. Mira vero est expositio Sverini *de Us. accresc. p.* 50. *& seqq.* Is speciem sic ponit: A. & B. legatus est ususfructus, diviso eo, A. possessionem amittit, alias enim si nondum eam adeptus, potius cum herede ageret. Repetiturus possessionem incidit in eum quem possessorem falso putat. Lite contestata inter moras iudicii non utendo amittit A. usumfructum. Occasio enim amittendi ex lite orta, nec morte vel capitis minutione amisit, quia, ut sequitur, partem hanc ipsam amissam a possessore recipit. Sic amissus ususfructus ad proprietatem redit. Nec enim ut aliis modis, ita & non utendo amissus accrescit, (Quod 8. rationibus probat. (1) quia hæc amissio non fit ratione personæ, sed rei se quasi in libertatem vindicantis. (2) Si sic amissa pars accresceret vi coniunctionis, utique si unus fructuarius, non posset pro parte amittere, contra *L.* 14. *L.* 23. *Quib. mod. us. am.* quia sibi ipsi accresceret. Nemo enim mihi me coniunctior. (3) Alias melior conditio eius qui alteri coniunctus, quam qui solus. Hic enim non utendo totum amittit. Illius pars si veniet ad coniunctum, illo postea amittente, eadem per ius accrescendi recipi posset. (4) Quod hic pars collegatarii amittitur, evenit non tantum ex coniuncti, sed & alterius fruendi intermissione. Ergo. *per L.* 1. § *pen. in fi. h. t.* (5) Repetitio ususfructus expressa a testatore, non intelligitur de casu tempore finiti *L.* 3. *Quib. mo. us.* Minus igitur ius accrescendi nitens tacita voluntate. (6) Regula quod ususfructus amissus accrescat, accipienda est de modis quibus ex personæ sublatione mutationeve finitur, non quibus per se afficitur, quæ substantiam ususfructus in se consideratam perimunt. Ut Non utendo, item mutatione rei (7) Ex fruendo cum constat: intermissione fruendi necessario perit. (8) Fac arg. *L.* 18. §. 1. *Quem. ser. am.* Sed ad speciem. Pendente lite B. suam partem capitis minutione vel morte amittit. Quær. An accrescat A. & si A. vicerit, an reus ad perditum tantum usumfructum renovandum, an etiam ad eum qui accrevit compellatur. Respond. Ad solam partem quam amisit A. reus damnandus, non etiam ad partem B. quæ accrevit. Ratio 1. Pars enim collegatarii ipsi accrescit. Ideoque eam A. novo iudicio petere potest a possessore, ac quia eo nomine nihil amisit, nec reus ipsi tenetur, nisi ad eam solam partem, quæ illius dolo culpave perdita, restituendam. Atqui dicitur illam partem a possessore consequi, non ab eo qui liti se obtulit. Resp. Quia condemnatus is qui liti se obtulit, cum ad renovandum usumfructum pendente iudicio perditum, teneatur, *L. pen.* §. *pen. Si us. pet.* redimere eum a possessore cogit. Quod si lis contestata fuisset contra possessorem: ea pendente, ususfructus tempore amissus non esset per *d.* §. *pen.* ibi, *alio quidem possidente*, quia cum post litem contestatam malæ fidei possessor sit, iam nomine fructuarii uti frui videtur, cui scit fructus restituendos. Accedit quod, ut est in *L.* 60. §. 1. *de Usuf.* aut cavere cogitur, quo casu cautio in locum ususfructus interim succedit, aut tenere fructuarium frui. Hæc summa est expositionis Sverini, argutæ verius, quam veræ & convenientis. Vult idem *d. L.* 10. magis pertinere ad *Tit. Si us. pet.* per epigraphen, ac *L.* 5. §. *pen. & ult. d. t.* interficiendam. Iuris accrescendi mentionem magis ibi ad rationem decisionis, quam ad factum quod principaliter agitur, spectare. Aliam explicationem *d. L.* 10. habet Io. Suev. *Lib.* 1. *de I. accresc.* C. 4.

quia adhuc & huic is ususfructus, quem ipse non amisit, legari ei intelligitur. Nisi quis malit, quia ususfructus non sit res per se consistens & coniuncta, sed quæ in personæ facto tantum consistat: idcirco in eo accrescendo personam solum spectari sine re, non rem cui accrescat.

XIII. Tertium, quod proprie spectandum sit in usufructu accrescendo, versatur in coniunctionis modo. Quo loco sciendum est hic ad ius accrescendi eamdem coniunctionem desiderari, quam in cæteris rebus: & cum intervenerit coniunctio, hanc idem efficere. Solum quædam sunt, quæ proprie hanc coniunctionem inducunt in usufructu; quædam, de quibus dubitatur. Et hæc sunt, de quibus proprie hic quærimus.

XIV. Communia ergo illa ususfructui cum cæteris legatis. Primum quod ius accrescendi de usufructu tantum est inter eos, quibus idem ususfructus, id est, ususfructus eiusdem rei legatus est. In quo nihil interest, coniunctim legatus sit, an separatim. *L.* 1. in pr. & *§. interdum*; *L.* 3. in pr. *D. de usufr. acc.* Quod si [4] separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, cessat ius accrescendi. *d. L.* 1. in pr. *eod.* Quod si pluribus eiusdem rei ususfructus legatus sit, in quibus coniuncti, & disiuncti commisti sint, coniuncti unius tantum personæ potestate funguntur. *L. plane.* 34. in pr. *D. de leg.* 1. *L.* 1. *§.* 1. *L. si quis Attio. L. si proprietas, D. de usufr. accr.* Hoc quæritur, quando coniunctim, aut separatim legatus ususfructus intelligatur, quando separatim unicuique partis rei ususfructus, in quibus, ut dixi, propria quædam sunt ususfructus; quædam an sint propria, dubitatur. Et coniunctim usumfructum legari idem hic valet, quod in cæteris rebus legatis, legari pluribus eadem oratione; aut verbo communi plures personas comprehendente, puta, Titio & Mævio do lego: Attio & heredibus meis. *§. si eadem, Institut. de leg. d. L. si quis Attio, D. de usufr. accr.* & quæ sunt similia, quæ declarantur in *L. triplici, D. de verb. signif.* Quæsitum est de duobus dominis servi communis, cui ususfructus legatus est, an hi sint coniuncti in usumfructum, qui illis per eumdem servum defertur. De quo dicam paulo post, quoniam hos non esse coniunctos puto. Separatim legari ususfructus dicitur eodem modo, cum legatur pluribus diversis orationibus, puta, Titio fundi Tusculani usumfructum do lego: Mævio eiusdem fundi usumfructum do lego. *d. §. si eadem, Institut. de leg. d. L.* 1. *§. interdum*, in princip. *D. de usufruc. acc.*

XV. Illud in hac parte proprium coniunctionis genus in usufructu, quod si alii fundum, seu proprietatem fundi; alii eiusdem fundi usumfructum testator legaverit; placet hos in usufructu esse coniunctos, & inter eos esse ius accrescendi. *L.* 3. *§. ult. L. si proprietas, D. de usufr. accr. L. si alii, D. de usufr. leg.* scilicet, quia ei cui fundus vel proprietas legata est, non deducto nominatim usufructu, sub appellatione proprietatis & dominii etiam ususfructus legatus intelligitur; propterea quod ususfructus dominii pars est, de quo in definitione ususfructus supra diximus.

XVI. Eiusdem generis coniunctio est ususfructus propria, cum ab initio duobus eiusdem rei ususfructus illis modis legatus est; & uno ex his amittente iterum ei legatus est. Nam si ex repetitione is usumfructum habebit, placet inter eosdem ius accrescendi salvum esse, perinde ac si alius esset in huius usumfructum substitutus; ut quamvis non verbis, re tamen videantur coniuncti. *L.* 3. *§.* 1. *D. quib. mod. ususfruc. amit.*

XVII. Quod si Titio & Mævio usufructu legato, testator in repetitione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset: placet & tunc quoque hos esse coniunctos; sed ita, ut si Titius amiserit, totum socio accrescat, quia fuit Titio in totum iam ab initio coniunctus. Quod si Mævius amittat, non totum accrescat Titio, sed pars ad eum, pars ad proprietarium redeat: quia non in totum, sed in partem partis ususfructus sit Mævio coniunctus. Neque enim altera pars potuit illi accrescere ex eo usufructu, quem amisit; cum pugnent inter se acquirere & amittere. Hæc sententia *d. L.* 3. *§. ult. D. quib. mod. ususfr. amit.*

XVIII. Sed meminerimus inter eos, quibus ususfructus separatim legatus est, ita esse ius accrescendi, si singulis legatus sit totus, seu totius rei. *d. L.* 1. *§. interdum, d. L.* 3. in princip. *D. de usufr. accr.* Cæterum illud verum esse, quod initio posui, si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, cessare ius accrescendi. *d. L.* 1. in princ. *D. eod.* Id autem, etiam partibus rei non expressis contingit in usufructu duabus his in caussis.

XIX.

4) Tum enim nulla coniunctio sed duo diversi, ususfructus partibus fundi divisis. Secus est si ususfructus eiusdem fundi legetur A. & B. ex æquis partibus. Sver. *de Usf. accr. pag.* 7. *&* 8. vid. *N.* 16. *ad Lib.* 7. C. 13.

XIX. Una, cum duobus heredibus institutis, testator legavit alicui proprietatem, deducto usufructu. Hic quidem constat legatarium habere nudam proprietatem, usumfructum autem relinqui heredibus. §. 1. *Inst. de usufr.* Ut vere dici possit duobus his heredibus eiusdem rei usumfructum relictum a testatore: placet tamen inter eos non esse ius accrescendi, sed uter ex his usumfructum amiserit, eius partem ad proprietarium redire, non coheredi accrescere. *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *de usufruc. accr.* Hoc ideo, quia heredes iam a principio portiones rerum in hereditate distinctas habent, æquas videlicet, si testator [5] partes non expresserit; si expresserit, constitutas. *L. quoties*, 9. §. *heredes*, *D. de acquir. hered.* Has easdem portiones divisas in usufructu retinent. Habent ergo partes ab initio, non concursu. Idcirco non est inter eos ius accrescendi. *L.* 3. in princ. *de usufr. accresc.* Idque est, quod significatur illa ratione, quæ in proposito redditur in *d. L.* 1. in fin. *D. eod. nam videri usumfructum constitutum*, qui constitutus est, *non per concursum divisum*. Sic enim oratio accipi debet, videri usumfructum qui constitutus est, non esse divisum per concursum, contra quam ius accrescendi exigit.

XX. Altera caussa est, si e converso duobus heredibus institutis manente apud eos proprietate, usufructus eiusdem rei duobus legatus sit: sed singulis ab heredibus singulis; idest, uni ab uno herede, & alteri ab altero herede. Puta hoc modo, fundi Corneliani usumfructum in ea parte, quæ Primi heredis est, Mævio do lego: eiusdem fundi usumfructum in ea parte, quæ est alterius coheredis, Titio do lego. Idem est; si testator ita scripserit Titio & Mævio fundi Corneliani usumfructum do lego æquis portionibus heredum. Non sunt, inquam, hi coniuncti in eumdem usumfructum, nec inter eos est ius accrescendi. Hæc sententia *L.* pen. & ult. *de usuf. acc.* quia videlicet vocantur in usumfructum separatarum partium rei. Vocantur enim in usumfructum partium cuiusque heredis. Hæ autem iam ante inter heredes erant distinctæ, ut ante diximus.

XXI. Quæsitum est hoc loco, si forte usufructus servo communi duorum legatus sit, quo loco haberi debeant huius domini: coniunctine in eumdem usumfructum, ut inter eos sit ius accrescendi: an non coniuncti, ut hoc iure careant. De quo contrariæ videri possunt sententiæ veterum in Pandectas relatæ. Nam in *L. & Proculo*, 20. *D. de legat.* 2. de sententia Proculi & Celsi tum patris tum filii, scriptum est, his non esse coniunctim, sed partes legatas: eoque si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere. Contra in *L.* 1. in princ. *de usufr. acer.* de Iuliani sententia ab Ulpiano scriptum in hæc verba, *si communi servo usufructus, & utrique* (rectius uni, vel alterutri) *domino acquisitus; quæritur, an altero repudiante vel amittente usumfructum, alter totum habeat. Et putat ad alterum pertinere; & licet dominis usufructus non æquis partibus, sed pro dominicis acquiratur: tamen persona eius, non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere.* Ego autem puto horum utrumque recte dici, nec unum esse alteri contrarium. Ac primum illud Proculi & Celsi verissimum est, quod servo communi legatur, in id dominos servi coniunctos non esse, nec de eo esse inter eos ius accrescendi. Quod plerique omnes in alia re legata facile admittunt, ne quid faciant adversus sententiam *d. L. & Proculo*, *de legat.* 2. in usufructu [6] negant ex *d. L.* 1. in princ. *de uf. acc.* Sed & hoc idem in usufructu pluribus legato non minus probandum est. Nam illa generalis sententia est Celsi, recepta a veteribus, & probata ab ipso Ulpiano, & quidem in usufructu in *d. L.* 3. *D. de* uf. acc. *toties ius accrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.* At domini isti servi communis ab initio solidum usumfructum non habent, nec faciunt partes concursu; sed iam ante legatum partes distinctas habent. Acquiritur enim his usufructus pro partibus dominicis. *L. communis*, in fin. *D. de acq. rer. dom.* *L.* 5.

5) Nulla hic conionctio ex testamento, sed sola constitutio ofusfructus Henric. a Sverin. *d. lo. pag.* 5. per consequentiam tantum. Nec inter coheredes potest esse ius accrescendi nisi nomine hereditatis, cum requirat partes similares & cognomines, Hortens. *ad L.* 1. §. *ult. & L.* 2. *h. t.*

6) Ut Sverin. *d. lo. pag.* 8. *&* 9. Rob. 2. *Sent.* 24. Pac. 6. Q. 13. Gomez. 1. *Res.* 10. *n.* 40. rationes specialitatis sequentes adferens: (1) Facilius amittitur usufructus morte &c. facilius conservatur per ius accrescendi. (2) Relictus servo communi fundatur in persona dominorum: Proprietas autem prius in servo subsistit, licet non duret. (3) usufructus est ius valde personale, unde consideratur persona servi & olim eius morte peribat *L.* 18. *Quib. mod. uf. am.* Quare repudiante uno domino accrescit alteri, ex persona servi, in quo maior onitas quam duorum coniunctorum in eadem oratione & sic vivente servo videtur in eo durare ius & caussa acquisitionis usufructus; & fere Duar. *Lib.* 1. *de I. accresc. C.* 13.

L. 5. D. de stip. servor. hæ autem partes iam multo ante inter eos distinctæ erant. Non potest igitur inter eos esse ius accrescendi ex superiore definitione. Idque est quod ex ea definitione argumentans Celsus in *d. L. Proculo, D. de legat.* 2. pro ratione affert: non enim, inquit, his dominis coniunctim, sed partes legatas. Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet. Quo magis autem intelligatur istos dominos in usufructu, qui servo communi legatus est, non facere partes concursu, quem tamen concursum ius accrescendi exigit: hic concursus partes viriles & æquas desiderat. Sic enim personis adscriptis, pro numero personarum & legatum & conditio inter aliquos dividitur. *L. cui fundus, D. de cond. & dem.* At hi domini in servo non semper æquas dominii partes obtinent. Unde fit, ut pro his partibus dispares partes ususfructus accipiendo non possit dici eos concursu partes facere, eoque nec coniunctim solidum his usumfructum, sed partes tantum legatas, ut Celsus scribit.

XXII. Sed tamen non eo minus verum est, quod Iulianus scripsit, & Ulpianus probat in *d. L.* 1. in princ. vers. *denique de usufr. accr.* Uno ex his dominis legatum repudiante, aut amittente, eius portionem ad alterum pertinere, non ad proprietarium redire. Neque hoc priori sententiæ adversatur. Hæc enim portio deficiens ad alterum ex dominis pertinet non coniunctionis aut accrescendi iure, sed iure 7 potestatis. Quo fit ex regula veterum tradita in hac communione, ut quod per servum communem acquiritur, si alter ex dominis acquirere non potest, totum ad alterum pertineat, cui acquiri potest. *L. 1. §. communis, L. item, 9. D. de stip. serv.* In proposito autem qui dominus legatum usumfructum repudiat, aut semel quæsitum postea repudiat, is amplius eam partem habere non potest. Consequens igitur superiori definitioni, ut totum ad alterum ex dominis pertinere debeat.

XXIII. Multum vero interest, utro iure dicamus portionem hanc deficientem ad alterum ex dominis pertinere: ne quis forte irrideat, quod tam enixe contenderit Celsus ius accrescendi inter istos dominos non esse; cum frustra id sit, si nihilominus aliquo alio iure pars deficiens potest pervenire ad alterum. Si ius accrescendi portionem adiicit alteri, non potest ullo casu evenire, quin eo iure pars deficiens ad illum alterum pertineat: quoniam inter coniunctos est semper ius accrescendi uno partem ususfructus amittente. Sed quoniam iure potestatis fieri dicimus, ut hæc pars redeat ad alterum: futurum est, ut si, uno ex dominis deliberante, an legatum agnoscat, aut dum pendet, an amittat, servus communis sit manumissus, huius portio deinde repudiata, aut postea amissa, manumisso acquitatur, non alteri domino, cuius in potestate servus esse desit. *Arg. in L. servus duorum, 64. D. de acquir. hered.*

XXIV. Verendum tamen quis dixerit, ne ex eodem loco probetur Iulianum hoc sensisse portionem ab uno ex dominis amissam ad alterum pertinere accrescendi iure. Nam in *d. L. 1. §. 1. de usuf.* ita dicitur idem Iulianus scribere, portionem istam deficientem ad solum socium, id est, alterum ex dominis pertinere debere, quasi solum coniunctum. Sed bene dixit non simpliciter coniunctum, sed quasi coniunctum. Re vera enim non est coniunctus: qui in eumdem usumfructum solidum vocatus non est, ut ostendi. Verum effectu quodammodo coniunctus est, qui deficientem istam portionem non minus accipit, quam si esset coniunctus. Secundum quæ recte dicemus, usumfructum omissum, si ad quem alium quam proprietarium redeat, non ad alium redire, quam ad eum qui in eumdem usumfructum legatum sit coniunctus, ut initio proposui. Sed coniunctum dupliciter accipi deberet eum, qui vere coniunctus est, id est, cui eiusdem rei ususfructus legatus est cum alio, inter quos est ius accrescendi: & eum, qui vere coniunctus non est, coniunctionis tamen habet effectum. Is autem est unus ex dominis servi communis, cui servo ususfructus legatus est, scilicet quia uno ex his dominis deficiente, ususfructus ad alterum quasi solum coniunctum pertinet, licet non accrescendi iure.

CAP.

7) Ita & Vasq. *Lib. 3. de Succes. progr. §. 23. n. 58.* Castillo *de Usufr.* C. 48. *n.* 34. Io. Suev. *Lib. 2. de Iure accr.* C. 11. Diff. Gilb. Reg. 2. *Enant.* 16. putans Celsum *d. L.* 20. & Ulp. *d. L.* 1. §. 1. pugnantia scripsisse & Cassianos, ac Proculanos dissensisse, uti & Hortens. *ad d. L.* 1. §. 1. *pag.* 174. & *seqq.* ubi *pag.* 176. non defendi posse quod in *d. L.* 20. partes dominis legatas dicit Celsus, cum tamen nec dominorum, nec partium ulla testatori mentio.

CAP. XXIV.

De usu, Usus quomodo acquiratur; Conservetur; Amittatur: Amissus ad quos redeat. Quid contineat ex definitione. Uti quid sit. Usus quid commune habeat in commodis rei percipiendis cum usufructu; quid ab eo discrepet.

Transitio & divisio. I.
Usus constituitur iisdem modis, quibus ususfructus. Est tamen aliquid in quo differunt, & quale sit. II.
Constitutus iisdem actionibus conservatur; & amittitur etiam iisdem modis. III.
Amissus statim, & perpetuo ad proprietarium redit & quare. IV.
Usus ab usufructu differentia: præcipue in iure ipso utendi consistit. Eius definitio, & explicatio. V.
Ius utendi ex quotidiano usu & sufficientia metimur. VI.
Neque illud vendere, locare, donare usuario permittitur. Et quare. VII.
Nisi aliud voluerit testator. Voluntatis coniectura qualis & huius exempla. VIII.
Exponitur L. Divus Hadrianus 22. *in princ*. D. de us. & Habit. *Quæ inde consectaria*. IX.

I. DE priore specie servitutis personalis dictum est, id est, de usufructu & quæ ususfructus vim obtinent, habitatione; & operis servorum. Restat ex duabus propositis speeies altera huius generis, usus, seu nudus usus, quia sine fructu, ut est in *L. 1. D. de usu & hab.* De eo ut recte habeatur, eadem illa quærenda sunt, Quomodo constituatur; Constitutus quid contineat, & hoe quod continet, quomodo conservetur; tum Quomodo amittatur, postremo Amissus ad quem redeat. De quibus omnibus excepto iure ipso utendi, eadem prope omnia servantur, quæ in usufructu.

II. Constituitur usus iisdem modis, quibus ususfructus. *L. 1. D. de usu & hab. Inst. eod.* in pr. Tantum hoc interest ex natura utriusque generis, quod ususfructus pro parte rei & divisa & indivisa constitui potest, *L. 5. D. de usufr. L. 1. §. si ususfructus, D. ad leg. Falc.* Usus pars legari & constitui non potest. *Nam frui quidem*, inquit Paulus, *pro parte possumus, uti pro parte non possumus, L. usus pars, D. de us. & hab.* Hoc ideo, quia usus in nudo facto consistit, quod post se nullos relinquit fructus, qui dividantur. Facta omnia, si in his consistitur, indivisa sunt. Si quid enim non fecimus, in totum verum est nos non fecisse. Et si fecimus, rursum in totum verum est nos fecisse. Ususfructus autem ab initio quidem consistit & ipse in facto; *L. 1.* in princ. *D. quan. di. us. leg. ced.* sed versatur factum in fructibus percipiendis, quos & ipsos post se relinquit, & adiicit fructuario. Atque in his fructibus omnis est utilitas ususfructus. Porro hi fructus quia corporales sunt, [1] dividi possunt;

1) Ratio hæc genuina & vera, quæ habetur in ipsa *L.* 19. Et convenit Govean. *ad L. 1. §. 9 ad L. Falc. n. 1.* quia ipsi fructus, inquit, in quibus ususfructus consistit; adeo ut & fructus interdum usumfructum vocemus, dividui. Reliquæ autem servitutes in solo usu consistunt, nec ulla præterea res iis iuribus subest, & P. Grangian. *Parador. C.* 7. Io. del Castillo post alios *de Usuf. C. 31. n. 18. & seq.* Vult. *in pr. L. de usuf. n.* 17. Possum pro parte fructus capere, uti non possum re nisi tota. Nam si equo, ex. gr. utar, ait, toto utor non pro parte. Fructus tamen equi dividi possunt, ut si cum ad quasvis res uti liceret, ad certum tantum negocium utar. Quod tamen exemplum non adeo conveniens puto. Ususfructus dividuitas tum maxime spectatur, cum plures in eiusdem rei usufructum concurrunt. Possunt autem in eadem re indivisa ususfructus partes divisæ a diversis haberi. Ut A. & B. legatus est ususfructus fundi Tusculani. Utroque agnoscente legatum, habentur primo in usufructu partes indivisæ. Sed postquam communi dividundo iudicio actum fuerit, cautionibus interpositis a communione disceditur, *L. 13 §. 3. de Usuf. L. 16. prin. Fam. erc.* fiuntque partes divisæ, fundo nihilominus (dividuo licet) indiviso manente. Neque enim res semper ita transigitur, ut A. anteriore, B. posteriore parte fundi, utatur fruatur: sed sæpe inter se cavent qualiter fruantur *d. §. 3.* alternis forte annis, aliave ratione, vid. *L. 7. §. 10. comm. divid.* Tametsi vero & usus in fructibus consistat, ut Hot. obiicit *Ill. Q.* 20. discrimen tamen inde quod ususfructus continet omnem omnino utilitatem, quæ ex re percipi potest; Usus autem nudus solos eos fructus, qui necessitati utentis sufficiunt. Nihil impedit fructus omnes inter plures dividi. At hoc res non patitur ut plures simul, quisque ad suam necessitatem, & tamen pro parte, re utantur In usufructu nulla habetur ratio necessitatis fructuarii, sed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire queunt: In usu habetur. Si igitur ex. gr. equi ususfructus legatus duobus: Equi usus alteri locari potest, ac pensio inter utrumque ex æquo dividi. Sit eiusdem usus legatus. Hic locari alterique concedi nequit, sed tantum usuarius ad suam necessitatem uti potest. Quid igitur si eodem die quo unus, alter itidem equo ad negocia sua familiaria indigeat. Apparet sane eos in usu concurrere non posse. Nec igitur si a communione discedere velint res ita transigetur, ut in *d. L. 7. §. 10.* sed necesse erit uni soli usum adiudicari, & alteri in præstationem æsti-

sunt. Hinc usufructus dividuus propter utilitatem, in qua versatur, dividuam.

III. Usus constitutus iisdem actionibus & remediis conservatur, quibus usufructus. *L. filiofamilias, D. de us. & hab.* Et hoc est: de usu itidem, ut de reliquis servitutibus, actiones in rem competunt, confessoria & negatoria: illa usum in re aliena suum esse intendenti: hæc domino neganti se usum debere. *L.* 2. in pr. *D. si serv. vind.* Constitutus & conservatus retinetur eousque donec amittatur. Amittitur & ipse iisdem modis, quibus usufructus. *Inst. de us. & hab.* in pr. exempli gratia morte usuarii. *L. usus aquæ, D. eod.*

IV. Amissus statim ad proprietarium redit, non ad ullos alios, quoniam in eumdem usum nulli alii coniuncti esse possunt, eoque nec in usu ius accrescendi inter aliquos. Non enim potest hoc ius esse, nisi inter eos, quibus eadem res ita legatur, ut concursu partes faciant. *L. coniunctim, D. de leg.* 3. *d. L.* 3. in pr. *de usufr. accr.* Nulli autem in eodem usu partes concursu facere possunt: quia usus partem non recipit. *L. usus pars, D. de us. & hab.* Quo fit, ut si duobus eiusdem fundi usus legatus sit, uno usum amittente, ius ad proprietarium redeat, non autem alteri legatario accrescat.

V. Si quid igitur inter usum & usumfructum interest, solum interest in iure ipso utendi. De quo cognoscendum est, quid contineat. Et constat usus similiter ut usufructus suis commodis & oneribus. Commoda in eo, quod consequitur quisque ex usu constituto, quod definitio ab initio indicabit: Et cum usufructus sit ius utendi fruendi alienis rebus salva rerum substantia: necesse est usum dici ius utendi alienis rebus salva rerum substantia. Usuifructui enim si fructum tantum detrahas, necesse est cætera omnia manere in re præter hunc fructum, & ius fruendi. Idque est, quod dicitur in *L.* 2. *D. de us. & hab.* eum cui usus relictus est, uti posse, frui non posse. Uti est, rem tractare & exercere commoditatis alicuius percipiendæ caussa, quæ ex ea re secundum conditionem rei percipi potest. Est rem tractare. Unde usus veteribus possessio. Ex quo usucapio acquisitio per usum & possessionem. *L.* 3. *D. de usuc.* Est exercere. Inde usus pro exercitatione, ut in illa optima sententia Ciceronis *Lib.* 1. *de Orat. usus frequens omnium magistrorum præcepta superat.* Sed utrumque commoditatis alicuius percipiendæ caussa. Unde fit, ut usus quoque utilitatem significet. Inde ex usu esse idem, quod commodum & utile esse. Non tamen cuiusvis commoditatis caussa, sed quæ secundum conditionem rei ex ea re percipi potest. Nam qui secus utitur, abutitur, non utitur. *L. sed si quid,* 15. §. 1. *D. de usufr.*

VI. Habet igitur usus hoc commune cum usufructu, quod uterque in commoditate ex re aliqua percipienda versatur, & sæpe usus rei tantum continet, quantum usufructus. Unde hic merito quæritur, quem definiamus modum utriusque iuris, quo distet alterum ab altero. Et hic a veteribus laboratum esse apparet ex eorum cum dubitationibus, tum dissensionibus de hac specie, & nunc etiam in his quæ ab illis constituta nobis tradita sunt, quam recte & ex natura usus constituta sint, laboratur. Et si summatim dicendum est, est istarum rerum differentia summa duplex. Primum quia uti in re ipsa

æstimationis partis condemnari. Quod si res plurium usui sufficiat, eiusdem solidus usus pluribus competere potest *L.* 7. §. *ut. Commod.* Ex. gr. Silvæ amplæ & copiosæ usus tribus relictus est, quæ vel pluribus satis lignorum ad rei familiaris usum suppeditare possit. Hic legatarii non habent tres partes (divisas vel indivisas) unius usus, sed pro se quisque usum solidum & distinctum. In quo alia differentia usus ab usufructu. Usus plures unius rei esse possunt, quia nihil impedit quemque, ex. gr. tantum arborum cædere quanto indigeat ad necessitatem. Usumfructum, ne sit nisi unus, Lex naturæ efficit: cum pugnantiam involvat plures in solidum frui, id est quemque omnem fructum & utilitatem rei percipere. Recte autem noster propter utilitatem esse dividuum, ratione scilicet fructuum. Non enim per se & sui natura quatenus ius est ac servitus, ut & recte Coras. *ad L. via* 17. *de serv. n.* 15. etsi dividuitas sit affectio quantitatis, nec per se convenire possit, nisi rei corporeæ, cumque eodem genere proximo cum servitutibus reliquis contineatur; dividuum vero & individuum ad idem genus proximum reduci nequeant, *L.* 23 *de usucap.* Nec tamen ideo ad divisionem tantum fundi seu rei in usumfructum traditæ est dividuus, quod velle videtur Hot. *Ill. Q.* 20. quia usufructus partis fundi dici possit, non pars usufructus fundi, & P. Greg. *in Meth. parva L.* 1. *C.* 6. *n.* 6. Nam cum in divisoriis iudiciis dividitur, itemque cum per legem Falcidiam minuitur, non ideo fundus aut res fructuaria in plures minutiores dispescitur. Sed nec ea ratione, quod fructu & usu constat, ut alterius possit esse fructus, alterius usus *L.* 42. *de Usuf.* ut Gœd. *ad L.* 25. *de V. S. n.* 18. *&* *de Contr. Stip. C.* 6. *Concl.* 22. *n.* 305. Nam nec tunc fructus sine usu est, vid. *supra N.* 1. *Cap.* 7. & ut maxime usus tunc abesset, esset tamen ille unus idemque rarior casus. Certe cum pro parte divisa constitui, lege Falcidia minui dicitur; non hic sensus quod alteri fructus sine usu legari queat, quod legis Falcidiæ, ut usus fructui detrahatur. Sicuti nec in iudiciis divisoriis uni usus, alteri fructus adsignatur *d. L.* 7. §. 10. Multo autem minus ideo dividuus, quod fruitionem vendere extraneo possit, ius ipsum usufructus suæ personæ affixum retinendo, ut M. Lyclama *L.* 3. *Membr. ecloga* 12. Nam per venditionem huiusmodi nullæ partes, nec indivisæ nec divisæ fiunt, sed unus fructuarius manet qui vendit, idemque solidum nec imminutum ius usufructus obtinet. Vid. de dividuitate usufructus præter dictos, non uno modo variantes Cuiac. 5. *ad Afr. ad L.* 17. *de usu & hab.* Egu. Baro *L.* 2. *de divi. & indi. obl. C.* 3. Vacon. 5. *Declar.* 73. *n.* 9. Gomez. 2. *Res.* 10. *n.* 18. Parlad. 1. *Rer. quot.* 6. §. 1.

re ipsa tractanda, qua utaris, versatur; ideo hic utendi modus est, ut sit uti tantum commoditatis ex re aliqua capere, quantum tractanti & consumenti ad usum & utilitatem [2] quotidianam sufficit: & extra hanc sufficientiam & consumptionem usus non progreditur, ut colligere est ex *L. plenum*, §. 1. *D. de usu & hab.* frui autem per contrarium *ibidem* dicitur esse etiam ad compendium. Id valet, quod apertius supra demonstratum est, frui esse, quantumcumque commodorum ex re aliqua percipi potest, tantum capere sine exceptione, etiam si non tractes ipse, aut consumas, sed alii tractandum & consumendum concedas. *L.* 7. in pr. *L.* 9. in princ. *D. de usuf.*

VII. Huic consequens altera differentia: Qui usum habet, neque ipsum ius utendi, neque utendi facultatem alii [3] vendere, aut locare, aut gratis concedere potest. *L. sed neque L. inque eo, L. plenum*, §. *ult.* illic, *operas*, *D. de usu & hab.* §. 1. *Inst. eod.* Quomodo enim, inquit Ulpianus, concedere alii usum potest, qui ipse uti & rem tractare debet? *d. L. plenum*, §. *ult.* vers. *operas*. Qui autem usumfructum habet, potest hæc omnia facere. *d.* §. 1. *Inst. eod. L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*, *L. non utitur*, 38. *D. de usuf.* scilicet qua qui horum quid facit, aut pretium percipit, aut mercedem, aut beneficii debitorem acquirit. Quæ omnia sunt in fructu & emolumento rei. Emolumentum autem omne fructuarii, quocumque modo percipiatur.

VIII. Hoc tamen posterius in usu ita temperandum est, nisi coniectura voluntatis testatoris etiam usum vendi aut locari posse suadeat. Quæ coniectura nonnunquam admittitur, alias ex conditione personæ legatarii; alias ex genere relicti: Ex conditione personæ legatarii, veluti si aurigæ legatus sit equitii, seu equorum usus. Placet eum equis uti posse ad vehendum etiam tunc, cum currum mercede exercens alios vehendos conducit, si testator sciens eum huius esse instituti & vitæ, reliquit. Etsi enim videtur auriga isto modo locare equos: tamen recte existimatur testator usum equorum in persona aurigæ ad conditionem & institutum vitæ eius retulisse. *L. plenum*, §. *equitii*, *D. de usu & hab.* Ex genere relicti, cum silvæ, pura, usus legatus est, & res est in ea caussa, ut nisi silvam cædere & vendere ut fructuariis licet, nihil habiturus sit usuarius ex eo legato. Quo casu statuit Hadrianus fructum quoque usuario legatum videri, idest, datum, ut vendere quoque liceret; quod est proprium fructuarii.

IX. Significatur hoc in *L. pen.* in pr. *D. de usu & hab.* cum dicitur, quibusdam quibus usus silvæ legatus esset. Fructum quoque legatum videri hac ratione, quia *nisi liceret legatariis vendere, nihil habituri essent ex eo legato*. Ratio hæc conditionis vim habet. Addita est enim, ut significetur ideo quibusdam illis fructum datum, quia ita accidisset, ut nihil alioqui habituri essent: quod si habituri sint, datum non videri. Sic enim est vis rationis legi additæ, ut cessante ratione, propter quam ius constitutum est, iuri non sit locus *L. de eo*, iuncta *L. quid enim*, *seq. D. de iud L. quod dictum*, *D. de pact.* Ergo non quandocumque usus silvæ legatus est, existimandum est statim & usuario cedere & vendere licere: sed tunc solum, cum alioqui nihil capturus est ex eo legato. Quod tunc accidit, cum alicui oppidano legatus est usus silvæ ab oppido remotioris, ubi si cogatur legatarius silvam cædere, & convehere ligna in urbem ad suum usum, pluris illi constent impendia, quam si cogatur in ipsa urbe ligna emere. Ex quo colligimus duobus temporibus non videri fructum plenum silvæ legatum esse ei, cui usus silvæ relictus est. Uno, si silva sit propinqua legatario, ut cædens & utens ligno minus impendat, quam si emat ab aliis propter silvæ vicinitatem. Altero, si silva ampla sit, & partis silvæ usum vendendo, tantum consequatur ex pretio, quantum illi sufficiat ad ligna ipsi & familiæ necessaria coemenda.

2) Usus est necessitatis tantum, ususfructus etiam voluptatis. Usuarius plus percipere non potest quam ad se & familiam sustentandam pro vitae conditione, ut nec desit quid vel abundet: Fructuarius autem etiam ad lucrum. Vult. in pr. l. h. t. n. 3. Castillo de Usuf. C. 28. n. 12. Plus licere ei cui legatus, quam cui inter vivos constitutus usus. P. Fab ad L. 12. de R. I.

3) Quia consistit in utendo ad strictam necessitatem. Si vero liceret cedere, mutatione personarum conditio domini gravaretur. Non enim omnibus idem utendi modus, eadem temperantia vel abstinentia. Fopp. ab Æzema 1. Differt. 12. Add. P. Greg. 4. Synt. 2. n. 4. & seq.

C A P. X X V.

De usu Ædium, Fundi, Pecorum, Servi, quid is usuario in his rebus tribuat. Tractatio specialis eo pertinens, ut cognito particulatim istarum rerum usu, in quibus de hoc iure maior dubitatio erat, facilius & certius non solum de reliquarum usu, sed etiam de toto genere statueretur. Tum in universum quæ sint usuarii onera.

I. Sed hæc hactenus descriptio usus ut generalis, ita obscurior est, nec satis rem in omnibus controversiis, quæ de hac specie incidunt, explicat. Quinimmo ex ipsis, quæ diximus, in singulis pæne generibus rerum, quarum usus relictus est, incidunt iustæ dubitandi caussæ; cur non videantur pleraque contineri usu, quæ tamen continentur. Quæ cum explicare vellent veteres, necesse habuerunt species rerum proponere in hoc argumento, & in singulis ostendere specialiter, quid usu contineatur. Quod sub his titulis factum videmus. *D. & Inst.* Ad hoc autem declarandum contenti fuerunt quatuor species rerum proponere; quia ex his cæteræ satis intelligi posse videbantur. Species rerum hæ: ædes, fundus, pecora, servi. De quarum rerum usu eodem ordine scriptum est in *L.* 2. & deinceps, *D. de usu & hab.* ac nunc eodem ordine singulas attingemus.

II. Usu ergo [1] ædium legato, si communia illa & certa quærimus, constat eo con-

[1]) Usus ædium quid differat ab habitatione, vid. Hot. *Ill. Q.* 41. & 3. *Obs.* 23. P. Greg. 4. *Synt.* 2. *n.* 10. & *seq.* si χρῆσιν relicta, cur non ususfructus, sed usus relictus in *L.* 10. §. 1. *h. t.* vid. Rev. 2. *Var.* 12. P. Petren. 2. *Animadv.* & *Var. Lect.* 3.

contineri, ut legatarius inhabitet. Ad id enim conditione sua parantur ædes, ut inhabitentur. Constat & illud, eum, qui inhabitare potest, non posse vendere, locare, aut gratis concedere alii habitationem, §. *item is qui ædium*, *Inst. eod. tit.* Sed circa eum, qui ipse inhabitet, existunt duæ quæstiones, & quidem ex descriptione superiore.

III. Primum an possit inhabitare ædes cum aliis, quos in partem eius habitationis admittat. Movet, quod placet usuarium hunc usum alii concedere non posse. Deinde dum ipse aliquam partem inhabitabit, an possit a totius rei usu prohibere omnes, atque etiam proprietarium. Quid enim, si angustus legatarius non possit amplas ædes totas occupare? Movet hic quoque quod diximus usum esse, si quis rem tractet & teneat. Non tractat autem, neque tenet partem, quam non occupat. Hinc ergo, ut dixi, in hac specie superiores dubitationes. Et in summa obtinuit utrumque horum legatario licere, ut secundum hanc sententiam definire ita liceat, usu ædium legato præter habitationem legatarii etiam in iure eius duo hæc contineri; ut possit habitare cum aliis, ac quosvis in eamdem habitationem admittere: tum ut possit ab earum ædium usu prohibere etiam proprietarium. Primum qui usum habet ædium, habitare potest etiam cum aliis quos in partem habitationis recipiat, non solum domesticis, ut uxore, liberis, servis, famulis, omnique familia: sed etiam cum extraneis quibuslibet, ut recipiat hospitem, & inquilinum; id est, vel convictores, vel alios ita inhabitantes, ut ex his etiam pensionem percipiat. Et quod hic licet viro, placet licere & mulieri, cui ædium usus legatus erit. Tantum ut ii, qui recipientur in ædes, non seorsim & sine usuario habitent, sed una cum eo easdem ædes inhabitante. Hæc in *L.* 2. 3. 4. 5. 6. 8. *D. de usu & hab.*

IV. Itaque quod scriptum est in §. *item is qui usum*. *Inst. eod.* vix receptum esse, ut usuarius cum aliis ullis habitandi ius habeat, sic accipiendum est, ut ægre quidem receptum sit ab initio; receptum tamen. Ut enim intelligitur ex supra scriptis locis, variæ de eo veterum dubitationes fuerunt, sed tamen tandem superior sententia obtinuit. Verumtamen hic obstat natura usus, quam supra diximus. Constat enim eum, qui usum habet, hunc usum aliis concedere non posse. *d.* §. 1. §. *item is qui ædium*, *Inst. de us. & hab. L. inque eo. D. eod.* Respondebimus verbis Ulpiani in *L. plenum*, §. *ult.* in pr. *D. eod.* non videri eum *aliis concessisse*, *qui simul cum ipsis utitur*. Quod si hoc obscurius est, dicemus planius eum videri concedere sibi, qui concedit aliis sua gratia. Isto enim modo concedit quidem aliis per consequentiam, dum per id alio pervenire vult: sed principaliter sibi, dum in ea concessione se potius cogitat, & concessionem ad commodum sui usus & suæ habitationis refert. Id autem in proposito ita fit. Nam si de familia agitur, nemo potest hac carere. Eo fit, ut cum hac habitare etiam sit necesse: aut alioqui carendum sit ædibus. Habitare autem cum aliis si non est necesse, at certe commodum nobis, vel utile, vel honestum. Commodum ad societatem vitæ. Cum enim homines sociabiles sint natura, non satis commode sine aliis vivere possumus. Utile adversus pericula, quæ habitatoribus aliorum contubernio destitutis a furibus, & latronibus imminent. Honestum in parentibus, cognatis, affinibus, clientibus, & curæ nostræ commissis recipiendis. Is porro utitur, qui in re aliqua quid facit, quod ad commoditatem eius usus referatur.

V. Hic tamen unum genus personarum exceptum est, quod usuario recipere in ædes non licet; si is sit, qui honeste cum eo, qui usum habet, habitaturus non sit. Hoc quidem de muliere usuaria non honeste hospitem aliquem recipiente scriptum est in *L. non aliter*, 7. *de usu & hab.* Sed & hoc ad masculos transferendum est: ut si cui usus ædium legatus sit, non possit recipere in ædes meretricem aut concubinam, cum qua honeste habitare non possit. Exceptionis enim ratio pariter ad omnes pertinet, & ex natura usus sumitur. Non est enim in usu cuiusquam, nisi quod utenti sit commodum, ut intellectum est ex definitione usus. Nulli autem videri debet commodum, quod utenti non est honestum, non ex dignitate, *L. nepos.* in fin. *D. de verb. signif.* Quinetiam verum est illud Papiniani, ne facere quidem nos posse ea, quæ honeste non possumus. *L. filius*, *D. de cond. inst.*

VI. Atque ut prius illud est in iure usuarii, ut possit in ædibus habitare cum aliis: Ita hoc etiam ei tribuitur, ut dum particula aliqua utetur, possit totas ædes tenere, & prohibere eo venire etiam proprietarium.

VII. Etiamne si tam angustus erit legatarius, ut non possit occupare totius domus usum, & prohibeat dominum uti iis partibus, quæ vacabunt? Et hoc etiam pla-

placuit, ut est in *L. penult.* §. 1. *D. de usu & hab.* At enim non utitur legatarius ea parte, quam non occupat, ex definitione, quia hanc non tractat, non tenet. Occurrit tacite huic obiectioni Pomponius ibidem, cum hanc rationem reddit: *quia*, inquit, *licebit usuario aliis & aliis temporibus tota domo uti; cum interdum domini quoque ædium prout temporis ratio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur.* Est enim hæc sententia, qui nunc aliquam partem non occupat, eum tantisper verum est ea parte non uti. Sed potest postea alio tempore occupare, & ea uti, vel ut in eam ex altera parte commigret, ut plerumque facere inhabitatores solent. Hoc posse facere ad usum eius partis satis. Quoniam animadverti debet in usu non relinqui ipsam, ut ita dicam, usionem, quæ est cuiusque temporis, sed usum, id est, ius utendi. Est autem ius utendi non uti re aliqua, sed posse ea re uti postea, si velis, etiam si nunc non utare. Ex his intelligitur inter usum ædium & usumfructum utentis nihil interesse, cum totum sumat usuarius, ac post usum nihil alii fructuum nomine supersit. *L. fundi, D. de usu & hab.* Eadem caussa est navis, vestimentorum, vehiculi, & similium rerum, quarum fructus in usu est. Quæ eædem multo minus pro parte teneri possunt, quam ædes *L. 5. §. ult. D. commod.*

VIII. Fundi usus positus est aut in partibus fundi occupandis tenendisve; aut in fructibus percipiendis.

IX. Partes fundi aut destinatæ fructibus ferendis, aut alii usui. Fructibus ferendis destinatas usuarius occupare non potest; ne cum fructus ad dominum fundi pertineat, eum illi adimat prohibendo, ne fundum colat, *L. fundi, §. primo, D. de usu & hab.* Et hinc est, quod placet usuario in fundo hactenus morari licere, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt, impedimento. *L. inque eo fundo, D. eod. §. 1. Institut. eod.*

X. Cæteras partes ad fructum ferendum non comparatas licet ei occupare suo iure, iisque uti soli non minus, quam ædibus, earum usufructu relicto. Huiusmodi partes sunt in fundo, villa, prætorium, cellæ vinariæ aut oleariæ, loca ad deambulationem aut gestationem parata. Villam ergo sic occupabit, ut ea utatur etiam solus, & prohibeat dominum eo venire. Tantum hoc exceptum, ne prohibeat ibi habitare colonum & familiam rusticam, quæ ibi habeatur agri colendi caussa, item ut proprietarius quoque ipse venire possit ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitare. *L. si habitatio, §. ultim. L. plenum*, in prin, *D. de usu & hab.* Exceptio hanc habet rationem, quod ita debet licere usuario omnia in rebus occupandis facere, dum proprietario relinquatur, quod suum est, id est, ut fructus, qui eius sunt, recte percipiat. Quod aperte contra fit, cum ii prohibentur commode esse in fundo, sine quibus ager coli & fructum ferre, aut fructus percipi recte non potest. Prætorio, id est, villa urbana, seu usui urbano & domini destinata, eodem modo utetur usuarius, si tamen & prætorii nominatim relictus sit usus. Nam alioqui qui locus usibus domini destinatus est, his ipsis relictus intelligi debet, si voluntate aperta testatoris non est ad alios translatus. *L. plenum*, in princ. *D. de usu & hab.* Cella vinaria & olearia quoniam ad habitationem familiæ rusticæ, aut dominum certis temporibus recipiendum non pertinent, placet usuarium usurum solum, dominum vero invito eo non usurum. *d. L. si habitatio*, in fin. Deambulandi quoque & gestandi ius habet usuarius, ut dum deambulare & gestari volet, possit suo iure loca ad eam rem parata occupare. *L. plenum, §. 1. D. eod.*

XI. De fructibus fundi percipiendis post varias dissensiones veterum tandem obtinuit hæc sententia, ut placeret usuarium, qui fundi usum habet, non solum uti posse lignis ad usum quotidianum, horto, pomis, oleribus, floribus, aqua, stramentis, de quibus inter veteres conveniebat; sed etiam oleis (sic enim puto melius, quam [a] foliis, ut in exemplaribus vulgaribus & Florentinis) oleo, frumento, & frugibus, & ge-

a) Ita & emendat Cuiac. 9. *Obs.* 37. cum iniquum sit non uti foliis licere vel hyeme alendo pecori, vel foliis arundinum vineis illigandis. Forner. 2. *Select.* 2. intelligit per folia unguenta ea foliis confecta sive ad oblectationem sive ad valetudinem. Quod refellit Cuiac. *d.* C. 37. quia de his quæ fundus fert, hic agitur, non de illis quæ nobis ipsi conficimus. Gilb. Reg. 1. *Enant.* 9. vulgaria folia intelligit, ratione reddita, quia pleræque arbores illis spoliatæ moriuntur, maxime si viridia folia excutiantur. Incongrue. Quid enim si sponte arbores se illis denudarint, aut si ventorum deiecta. Non de excutiendis foliis agitur, sed usu excussorum. Ræv. 2. *Coniect.* 4. rationem in eo ponit quod folia non ad usum fundi, sed ad opera rustica referenda sint, quia illis pecora ali solita, Colum. *L. 5. de re rust.* C. 5. Atqui usuarius impedimento esse nequit operibus rusticis *L.* 11. *h. t.* Cui accedere malo, quam cum Connano, & alio viro Clarissimo, cui plurimum alias, & merito, tribuo, legere *doliis*. Loquitur enim *d.* § 1. de fructibus & commodis, quæ ex re percipiuntur, quæ & quatenus tribuenda sint usuario. Inter quæ quis refert dolia Quis dicet, vel quam apte, sumpturum usuarium (restringitur enim mox Nervæ sententia) ex doliis, quod ad victum

& generaliter iis omnibus, quæ in fundo nascuntur, etiam ex quibus victus hominis maxime constaret. Hunc autem esse utendi modum, ut sumat ipse dumtaxat, quod ad victum sibi suisque sufficiat. Sed tamen sumat eousque, quanvis hoc modo ad singulorum capitum victum multum sit ablaturus. Hæc summa *dict. L. plenum*, §. 1. ex cuius sententia interpretari oportebit, quod concisius de his rebus traditum est in §. 1. *Instit. eod.* Sui sunt domestici usuarii. Unde sui heredes dicti, quasi domestici. §. *sui*, *Inst. de her. qual. & diff.* Domestici iidem, qui in familia. *L. quod si nolit*, §. *idem Pedius*, *D. de æd. ed.* In familia, uxor, liberi qui sunt in potestate, qui sunt in servitio, & qui mercede conducti famulantur sive servi sive liberi. *L. quicumque*, *C. de re mil. Lib.* 12. *L. ædiles*, §. *familiæ*, *d. L. quod si nolit*, §. *idem Pedius*, *D. de æd. ed. L. perspiciendum*, §. 1. *D. de pœn.* Quid sufficiat cuique, una & certa quantitate non continetur, sed ex dignitate & conditione cuiusque æstimandum est. *L. sed si quid*, 15. §. *sufficienter*, *D. de usufr.* Neque enim omnes rebus indigent ad victum & cultum eodem modo. Alia est nobilis alicuius viri, aut magistratus persona; alia plebei & privati. Id autem quale sit, bonus iudex æstimabit, si de eo erit controversia.

XII. Longius itum est, placuitque usuarium his omnibus rebus pro dignitate uti posse non solum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus. Hactenus tamen cum his, dum utatur in villa. Si accipere velit, & in oppidum curare deferenda, non permittatur ei in oleo, frumento, & reliquis frugibus similibus: in pomis autem, oleribus, floribus, lignis permittatur. Quæ sententia est *d. L. plenum*, §. 1. illic, *Iubentius*, *de usu & hab.* Differentiæ ratio addita est: *non enim*, inquit, Ulpianus, *grave onus est horum posteriorum*, *si abundent in fundo*. Et res ita habet: Cum olera & poma ad vescendum fumentur, non tamen his multis opus est, quia hæc ad delibandum magis sumuntur, quam ad vivendum: quoniam ex his non vivitur. Sed & ligna cum sumentur, ad plures, qui erunt in eadem domo calefaciendos vel unus acervus & focus sufficit. Ex frugibus & iis, quibus alitur hæc vita, necesse est multum sumi, si usuarius ad victum suum & familiæ potest sumere. Nam & quotidiano eo victu homines indigent, & hæc sumpta in universum omnibus non prosunt, sed singulis ex æquo præstandum, unde alantur. Sed hæc, ut dixi, distinctio est, cum usuarius uti volet cum convivis & hospitibus. Nam pro se & familia si uti volet, poterit uti rebus superioribus omnibus quovis loco: quoniam tantum sumere potest, quantum ei & familiæ ad victum sufficiat, ut prius definitum erat in *d. L. plenum*, §. 1. nec mutatur ea sententia postea, nisi cum uti vult cum convivis & hospitibus: idem probatur in *L. fundi*, *D. eod.*

XIII. Sumi posse quod sufficiat ad victum, non sic accipiemus, ut necesse sit sumere singulis diebus, quod in singulos eos sufficiat; neque enim per totum annum stant fructus, qui per singulos dies cum libeat, sumi possint: sed ut ex penu, idest, si quid est, quod ad penum pertineat, liceat usuario capere, quod in annum sufficiat: in annum tamen dumtaxat. *d. L. fundi*, *D. de usu & hab.*

XIV. Quid tamen, si cum usuarius ex his tantum sumpserit, quantum ei & familiæ sufficiat, nihil reliquum futurum sit proprietario, ut facile evenit in mediocri prædio? Et placet nihilominus usuarium tantum sumpturum, quanvis eo modo fructus consumantur. *d. L. fundi*, in pr. At isto modo usus etiam fructum habebit. Respondet Paulus ibidem, non debere id mirum videri in usu fundi, quia in domus & servi usu hoc idem accideret; quibus quis ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset. Verumtamen huic sententiæ de fructibus fundi ab usuario ita capiendis, ut diximus, plurimum videntur adversari ea, quæ traduntur de fructibus pecorum ab eodem usuario percipiendis. Et de eo in pecoribus iam dicetur.

XV. Hæc tamen omnia, quæ diximus ex usu ædium & fundi sumi posse, sic accipienda sunt, si simpliciter ædium & fundi ususfructus relictus sit. Cæterum voluntas constituentis ut usuifructui, sic & usui modum facit. Potest quisque & in ædibus, & in fundo certæ tantum rei usum concedere. Quo casu valebit quidem usus nihilominus: sed valebit tantum hactenus, ne eius rei usum egrediatur. Veluti, si in fundo alicui concessus sit tantum usus aquæ non ad usum illius prædii

ctum sufficiat. Contendit, vir ille Clar. non debere legi *foliis*, quia folia fructibus industrialibus non recte iungantur. At, inquam, incommodius oleo & frumento iungantur *dolia*, quæ fructus plane non sont, sed vasa & instrumenta. Denique usuarius fundi doliis omnino, & solus uti potest, per *L.* 10. §. *ult. in fi. h. t.* Nec quia folia fructus industriales non sunt, ideo minus apte iunguntur oleo & frumento, cum in proposito cum illis ex alia ratione in eadem caussa sint.

dii sui, sed suum. *L. usus aquæ, D. quib. mod. us. amit.* Eadem & in cæterarum rerum usu intelligenda sunt.

XVI. Pecorum usus aut in operis est pecorum, aut in his, quæ ex his nascuntur, egeruntur ve. Operæ sunt iumentorum, idest, eorum, quorum opera ad rem aliquam iuvari possumus: ut boum, equorum, mulorum, asinorum.

XVII. De operis hoc convenit, quæcumque hæ sunt, quæ secundum conditionem cuiusque animantis percipi possunt, ad eas percipiendas uti posse pecoribus usuarium, in eoque omnem usum habere. Ut bobus utetur ad arandum; equis, mulis, asinis vel ad hoc ipsum, vel ad vehendum, & onera ferenda, uti mos est cuiusque regionis. Et si equitii usus relictus erit, & sint in his equi aliqui non domiti, domare potest ad operas percipiendas. *L. plenum, §. sed si boum, §. equitii, D. de usu & hab.*

XVIII. De iis, quæ ex animalibus nascuntur, emittunturve, ita placuit. Si pecorum usus relictus sit, puta ovium, posse his uti usuarium ad stercorandum agrum: cæterum agnis, lana, lacte uti non posse: præterquam lacte modico. Hæc enim in fructu esse. Fructum autem ad proprietarium pertinere, non ad usuarium. Hæc in *d. L. plenum, §. sed si pecoris,* & ex parte in *§. sed etsi pecorum, Inst. eod.*

XIX. Quæ quidem sententia parum liquet. Est enim, ut videtur, non tantum contraria iis, quæ modo diximus de fructibus fundi, sed etiam ipsa secum pugnans maxime. Nam illa ex fundo, poma, olera, fruges, & similia, quæ ex fundo nascuntur, omnia esse in fructu fundi constat. *L. item, 9. in pr. D. de usuf. L. qui scit, L. fructus, D. de usur.* Et tamen supra diximus posse usuarium uti his omnibus, & ex his tantum posse sumere, quantum ei sufficiat, etiam si hoc modo fructus fundi consumantur. Aut igitur hoc in fundo male conceduntur usuario, cum sint in fructu: aut si recte conceduntur, quanvis in fructu sint, etiam ea quæ sunt in fructu pecorum, usuarium capere oportuit. Iam vero quæ hac sententia continentur, ipsa inter se videntur maxime contraria. Vult enim usuarium agnis & lana in totum uti non posse. At eadem concedit, ut utatur lacte saltem modico. Sed & quod utrique isti parti videatur adversari, vult eum pecoribus uti posse ad stercorandum. Quod nihil aliud esse quis dixerit, quam ipsum stercore omnino uti posse. Quæ tamen omnia pariter sunt in fructu. Sed recte se habent de his omnibus superiores veterum sententiæ. Et quæ nascuntur ex fundo, & quæ nascuntur, egeruntur ve ex pecoribus quorum quidem aliquis sit usus, omnia sunt in fructu: quia res ea ferat. Sed inter fructus fundi, & fructus pecorum hoc interest, quod fructus fundi, qui ex ipso fundo percipiuntur, cohærent fundo. Fructus autem pendentes pars fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* Quare cum usuarius ea percipit, quæ sunt in fundo, non tamen intelligitur uti fructibus, quam fundo ipso. Nam si fructus pars sunt fundi: qui fructibus utitur, is parte fundi utitur. Neque id satis. Sic est conditio superiorum fructuum, ut qui pomis utitur ad vescendum, frugibus ad victum, lignis ad comburendum, is pomis ut pomis, frugibus ut frugibus, lignis ut lignis utatur pro conditione cuiusque rei, ad quam ea parata est. Horum alterutrum deest in fructibus pecorum, quos diximus ab usuario capi non posse. Eamque rem facere reperiemus, cur ab eo percipi non possint. Nam quod ad fœtum attinet, nemo eo uti potest, nisi iam edito. At editus iam aliud corpus est a matre; ut qui deinceps eo utetur, non possit dici uti matre, cum pars matris esse desierit. Matris autem usus relictus est, non alius corporis.

XX. Quod attinet ad lanam & lac pecorum, hæc quidem cum percipiuntur ex pecoribus, cohærent pecoribus, & eorum pars sunt non minus, quam in fundo fructus pendentes. Sed alia eaussa eorum usum removet. Ut enim in fundo debet qui utitur, uti lignis pro lignis, frugibus ut frugibus: arg. in *L. arboribus, 12. in princ. D. de usufr.* Sic in pecoribus lana uti debet ut lana, lacte ut lacte. At lanæ, ut quis tanquam lana utatur, nullus est aut pertenuis usus. Tunc illius usus est, cum expedita est, neta, texta; quo deinde filo ad elychnia, textura ad vestimenta utamur. Sed his rebus lana esse definit, & in aliam speciem transit. Ipsa lana, ut lana modo sit, quem usum admodum præbeat, non animadverto. Nisi si quis forte ad medicamenta adhibere velit, quam quidem ad rem non dubitem usuarium lana uti posse, uti & modico lacte. Sed quoniam hoc rarius est, & non facile solet accidere, ideo nullam huius rei mentionem fecerunt veteres, ius non soliti aptare ad ea, quæ raro accidunt. *L. 3. 4. 5. 6. D. de legib.* Lactis non eadem natura, quæ lanæ. Lacte enim ut lacte uti possumus. Hinc de lacte nominatim exceptum ab Ulpiano, ut modico lacte uti possit usuarius. Et lacte quidem uti potest, quia dum mulgendo exprimet,

Ipsis

ipsis pecoribus utetur, quorum parte utitur. Sed hoc accedit, quod tanquam lacte potest uti: ut iam ei nihil desit ad lactis usum, non magis, quam ad usum eorum fructuum qui ex fundo sumuntur. Cur ergo addidit modicum, quod in fructibus fundi ab usuatio percipiendis nusquam adiectum est a veteribus? Consulto, ut puto, ut duas res designaret, quas vellet servari, certam quantitatem sumendi, & certum utendi modum. In quantitate, ut intelligeremus usuarium non ultra sumpturum, quam sibi & suis sufficiat. In utendi modo, ut quanvis intra eam quantitatem consistat, hactenus tamen intelligeremus eum sumere debere, ut lacte tanquam lacte utatur, non autem ita, ut inde butyrum aut caseum conficiat, quanto ipsi & familiæ sit opus.

XXI. De stercore & excrementis animalium, quæ utilia esse possint, fatendum est esse ea in fructu, ut nata in re, & inde percepta. arg. in *L. item*, 9. in pr. *D. de usuf.* Fatendum & illud stercore pecorum usuarium non magis uti posse, quam fœtu. Egestum enim non magis est pars pecorum, quam fœtus editus. Quod quidem cum prioribus optime convenit. Non mutat hanc sententiam, quod dicitur usuarium ad stercorandum agrum suum pecoribus uti posse. Observemus enim his verbis uti veteres, non autem dicere usuarium stercore pecorum usurum. *d. §. sed etsi pecorum, Inst. de usu & hab. d. L. plenum, §. sed si pecoris, D. eod.* Utrum horum dicatur, multum interest. Et vero prius recte dicitur; non item recte dicatur posterius. Pecoribus utimur ad stercorandum agrum, cum excrementis nondum egestis inducuntur ipsa pecora in agrum, ut illic stabulentur, illic deponant excrementa & egestiones suas ad pinguefaciendum agrum. Hoc vero qui facit, apparet eum non uti stercore quod sumat, cum nondum esset: sed uti pecoribus ad agrum stercore macerandum. At is utitur stercore, qui stercore iam edito accedit ad eo utendum. Quo qui facit, is alia re utitur, quam cuius usus relictus est. Erat enim relictus usus pecorum: stercus autem egestum pars pecorum esse desiit. Ex quo quam bene harum rerum de usu fundi & pecorum veteribus ratio constet, intelligi puto.

XXII. Servorum 3 usus item in operis servorum & fructibus. Horum autem fructus in his, quæ per servos acquiruntur.

XXIII. De operis servorum communia omnia cum iumentorum operis. *§. item is ad quem, Inst. de usu & hab.* Itaque servi opera utetur usuarius, quibus in rebus volet. *L. plenum, §. ult D. eod.* dum tamen secundum conditionem servi. Nam & hoc a fructuario exigitur *L. sed si quid. 15. §. 1. D. de usufr.* Additur in *d. L. plenum. §. ult.* usurum legatarium servo non solum ad suum ministerium, sed etiam liberorum & coniugis: quasi ipse utatur, qui ad eos iuvandos utitur, quibus ministerium suppeditare debuit. Dum autem ad suum ministerium utatur, nihil referre, utrum utatur in re plane sua, an in opere alieno, quod ipse faciendum conduxerit, & in quo curam & operam suam præstare debuerit. Quod & ad iumentorum operas transferendum est, in quibus idem munus esse traditur in *d. §. item is ad quem. Inst. eod.*

XXIV. De his quæ per servum usuarium acquiruntur, vetus est & certa distinctio, ut si quid ille acquirat ex operis suis, usuario non acquiratur. Sin ex re, aut in re usuarii, huic acquiratur. *L. per servum*, in pr. *L. si ita, §. ult. L. servus, D. eod.* Nata distinctio ex principiis, quæ posuimus. Quod enim ex operis servi acquisitum est, necesse est ob id quæsitum esse, quod locatæ sint concessæve servi operæ alii, a quo & merces operæ profecta sit. Quod ipsum declarat usuarium usum non esse. Iam autem diximus ipsum uti debere. *d. L. plenum, §. ult. vers. operas.* Quod autem ex re usuarii per servum quæritur, tale est, ut in eo acquirendo usuarius opera servi utatur, dum ei mandat, ut ex re sua stipuletur, negotietur, vel quid accipiat, aut factum postea ratum habet. *d. L. per servum*, in pr.

XXV. Ex his apparet, ei qui usum habet, etiam possessionem rei tradi oportere, ut ea utatur in ædibus, fundo sæpe, iumentis, servis, nave, vestimentis, vehiculo, & similibus, quibus nisi totis uti non licet. Diversum esse in pecoribus, quæ ad fructum tantum ferendum habeantur, ut ovibus, vaccis, capris.

XXVI. Atque hæc commoda sunt usuarii in re, cuius usum habet. Quæ sint onera, videamus. Et sunt hæc in re, quam possidebit, cum fructuario communia Primum

3) Usus servi quid ab operis servorum differat. Vid. Hot. *in §. pen.* 1. *h. t.* Usus servi refertur ad usuarium eiusque morte finitur. Usus constituitur personæ, operæ homini & cuivis exhiberi possunt per *L. 9. de op. L. ere.* Adde P. Greg. 4. *Synt.* 2. *n.* 14. *&* 2. *seqq.*

mum quoniam res aliena eſt, & in ea non minus, quam in uſufructu conſultum eſſe debet proprietario: ſatiſdare debet eodem modo, ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum: & cum uſus finitus erit, quod inde exſtabit, reſtituturum, *L. hac ſtipulatione*, §. 1. *L.* 1. in princ. *D. uſufr. quem. cau.* Deinde quod promittit, hoc ipſum & re præſtare debet, ut utatur, ut vir bonus, & bonus paterſamilias uteretur. *L. fundi*, in fin. *D. de uſu & hab.* quo quid contineretur, dictum eſt in uſufructu. Ni facit, eadem remedia proprietario prodita, actio ex ſtipulatione fructuaria, & rei ſuæ vindicatio. *L.* 1. §. *ult. D. uſu. quem. cav. L. pen.* in fin. *de uſu & hab.*

XXVII. Illud proprium, quod pertinet ad onera rei uſuariæ ferenda; qualia ſunt vectigalia & tributa, ſumptus refectionis, culturæ agrorum, alimentorum in pecora & mancipia.

XXVIII. De quibus extat utilis præceptio in *L. ſi domus*, *D. eod.* de his nimirum ex commodis, quæ uſuarius capit, iudicandum eſſe pro portione, ad hanc ſententiam, ut ſi omnis fructus rei ad uſuarium redeat, etiam onera ad eum pertineant non aliter, quam ad fructuarium. Sin contra redeat omnis fructus ad proprietarium, etiam hunc onera ſequantur. Quod ſi ea res ſit, in qua poſt uſum aliquid domino relinquatur, tum onerum quoque inter eos pro portione fiat diviſio. Omnis fructus ad uſuarium pertinet, veluti ſi ædium, ſi ſervi uſus ſit relictus, quibus ille utitur, & commodum earum omne in uſu eſt. Item fundi, ſi ſit mediocris, & uſu legatarii fructus conſumatur. *L. fundi*, *D. de uſu & hab.* Proinde uſuarius & reficiet ædes, & fundum colet, & alet ſervum, curabitque ægrotum. Nihil ad uſuarium redit fructuum, aut quod per quam ſit exiguum, uſu ovium, caprarum, ſuum relicto: quo in genere illum diximus neque lacte niſi modico, neque agnis aut fœtu uſurum. Fructus ad ambos redit, ut in fundo amplo, aut ſilva ampla, ex quibus cum tantum ſumpſerit uſuarius, quantum ſibi ſuiſque ſufficiat, nihilominus multum fructuum domino ſuperſit.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER UNDECIMUS.

De servitutibus rerum, sive prædiorum tum urbanorum, tum rusticorum.

CAPUT I.

Servitus prædii quæ sit; & quæ caussæ eius servitutis.

Transitio & ordo. I.
Prædiorum servitutes quare ita dictæ II.
Prædiorum servitus quid. Et quæ definitionis præcipua ratio, & finis. III.
Causæ servitutis quatuor, & quæ. Utilis partitio & quare. IV.
Res servituti prædiorum subiectæ, rustica & urbana prædia. V.
Hinc servitutis prædiorum a servitutibus personarum differentia, & qualis. VI.
Contrariis occurritur. VII.
Finis servitutum, utile seu commodum. Quare illius cognitio necessaria. Utilitatis nomine quid veniat. VIII. XII.
Servitutis prædiorum utilitas duo requirit. IX.
1. *Ut Servitus ei prædio sit utilis, cui acquiritur.* X.
Interpretatio L. ut pomum 8. *in princ.* D. de servit. XI.
2. *Ut prædio soli, non alteri: & quare.* XIII.

I. COgnitis servitutibus personarum, restant rerum servitutes; genus alterum propositæ divisionis de servitutibus, ex *L. 1. D. de servit.* Re, & habendi iure a superiore plane diversum: ut merito de utroque separatim quæratur in generibus singulis: quam ob rem & genera a veteribus sunt distincta.

II. Rerum servitutes eædem sunt, quæ & prædiorum, quorum unum servitutem debet, alteri debetur, de quo mox plura. Sed tamen & prædiorum dici possunt ab una parte prædiorum, eorum videlicet, quorum caussa constituuntur. Ut enim dicuntur personarum, non quæ utrinque personas habent, quarum una servitutem debeat, & alteri debeatur, sed quæ dantur personis: sic recte prædiorum, quæ dantur prædiis, ut in utraque appellatione eius, cui servitus debetur, ratio habeatur. Idque ita expressit Ulpianus in *L. 1. §. permittitur, D. de aq. quot. & æst.* Argumento est, quod quæ dicuntur personarum & rerum servitutes: eædem singulæ numero singulari dicuntur personæ, & prædii servitus. *L. si quis binas 32. D. de usufruct. L. 4. D. de servitut. rust. præd.* Quæ quidem appellatio uni tantum parti & ei dominanti aperte tribuitur. Apertius, cum dicitur servitus in rem, aut in personam constituta. *L. Caius, D. de ann. legat.*

III. Hoc igitur quæramus, quæ sit rei & prædii servitus. Ea est, quæ alieno prædio imposita ad vicini alicuius prædii solius usum, eumque perpetuum constituta est. Definitio huc spectat, ut declaret eam demum vere esse rei servitutem, quæ ita constituta est eius rei caussa, ut efficiatur rei propria,

& præ-

& præterea ita sit in eius rei potestate, ut possit in eius rei usu perpetuo haberi, quæ duo sunt, quibus maxime quid alicuius caussa factum esse dicimus.

IV. Sed an vera sit & recta definitio, tum quid contineat, cognitis partibus intelligetur. Partes sunt caussæ servitutis prædii, quas definitio complectitur. Caussas voco res ad constituendam hanc servitutem necessarias: ut si concurrant, efficiatur servitus prædii: si quid in his desit, aut non sit servitus, aut certe non sit prædii. Eas caussas licet in hoc genere observare quatuor, easdem illas fere, ex quibus constant res cæteræ: materiam, finem, formam, caussam efficientem. Et vero sunt hæ caussæ servitutis prædii: Res huic servituti convenientes, velut materia servituti subiecta: Utilitas servitutis prædio dominanti quæsita, tanquam servitutis finis: Hac servitute utendi facultas perpetua, velut forma quædam, quæ ad utilitatem accedens proprium quiddam prædii in servitute efficiat: Constitutio servitutis, tanquam efficiens caussa. De quibus caussis si dixerimus distincte atque ordine quid postulent, & quam iure sint cognitæ: eadem opera assequemur, ut, ubi sit, aut non sit servitus prædii, intelligatur, & definitio superior sit exposita ac plane constituta. Tres priores propriæ sunt huius servitutis. Quarta in qua posuimus servitutis constitutionem, magis communis cum reliquis servitutibus, & magis ad ius quærendæ & habendæ servitutis pertinet. Quam ob caussam etiam extremo loco hanc posuimus, de qua & separatim atque in commune diceremus.

V. Res servituti prædii convenientes sunt non omnes, sed tantum immobiles. Proinde prædia solum tam urbana, quam rustica. Nam res soli prædia appellamus. Et hæc prædia utrinque exigimus, non tantum ut res, cui servitus debetur, sit prædium: sed & quæ debet, sit item prædium, & contra; atque ita fiat, ut consistat servitus prædii solum in prædiis, quorum unum servitutem debeat, alteri debeatur; idest, quorum uni servitus sit imposita, & sit imposita alterius caussa, cui quæratur & debeatur servitus. Quod ni ita fit, non erit servitus prædii. *L. 1. D. com. præd. §. ideo, Institut. de servitut.* Ex quo iam potest intelligi, quam recte dicantur hæ servitutes prædiorum, quæ sunt semper duorum prædiorum, unius servientis, & alterius dominantis: etsi non male prædiorum dici possint hoc ipso, quod tribuuntur prædiis, quanvis fieri posset, ut his tribuerentur a re mobili.

VI. Qua parte maxime apparet, quid hic sit proprium huius generis, & quantopere in eo distent hæ servitutes a servitutibus personarum. Nam servitus personæ, sive rem spectes, quæ servitutem debet, sive eum cui debetur, neutrubi rem soli exigit. Potest ususfructus ædium & fundi constitui: sed potest & rerum mobilium omnium, quæ sunt in bonis, ut pecorum, iumentorum, equitii, armenti, navis, vehiculi, vestimentorum, servorum, ut suo loco ostendimus. Quod si rem spectemus, cui servitus debetur, hæc vero res in servitute personæ non modo potest esse mobilis, sed nec potest esse alia, quam mobilis. Debetur enim personæ hominis. Persona autem in rebus moventibus. Utrumque contra in servitutibus rei seu prædii, quæ quia utrinque prædia desiderant, ut sit unum, quod debeat, & alterum, cui debeatur servitus, eveniet, ut si vel una res ex his, inter quas servitus constituta est, sit [1] mobilis, non sit prædii servitus. Finge servitutem nobis constitutam in re mobili. Quanvis consti uta sit prædii nostri caussa, ut existimari possit data esse nostro prædio: tamen sciemus eam prædii servitutem non esse. Ut puta, legatus est mihi usus iumentorum ita, ut fundo tantum meo opus rusticum facerent, seu ut his uterer tantum colendi agri mei caussa. Nihil hic prædii est: tantum erit usus iumentorum ad certum modum utendi constitutus, idest, servitus personæ. Apparet tamen hanc servitutem maxime constitutam esse prædii mei caussa. Sed non est prædium, quod debet. Hoc autem ut fit, etiam exigimus, *d. L. 1. D. de com. præd.* E converso etsi nobis constituta sit servitus in alieno fundo, & quidem rei alicuius nostræ caussa; si caussa rei mobilis, ne sic quidem erit servitus rei, sed tantum personæ, veluti si mihi cesseris ius [2] pascendi pecoris in fundo tuo. Ubi apparet servitutem quæsitam esse pecoris mei caussa. Sed non est prædii caussa. Hoc autem genus prædium, cui debeatur, & quidem vicinum desiderat.

L. 4.

1) Hinc DD. navi, cum res mobilis censeatur, *L. 1. §. 7. de vi arm. L. 20. §. pen. Quod vi aut clam*, servitutem imponi non posse, Padilla *ad L. 1. C. h. t. n.* 12. Quanquam si maxime iure rei immobilis ac prædii etiam urbani censeretur, alia tamen deessent, ut vicinitas prædii dominantis &c.

2) Et iura igitur venandi in alieno, hauriendi aquam ex puteo, ligna cædendi & similia, quæ servitutes innominatæ a quibusdam vocantur, non sunt servitutes reales, Tob. Paurmeist. *L. 1. de iurisd. C.* 18. *n.* 8. licet ius venandi Gail. 2. *Obs.* 66. *n.* 2. ex notissima Germaniæ consuetudine supremi tribunalis sententiis confirmata, servitutem prædialem haberi testetur.

L. 4. *L. ergo, seq. D. de servit. rust. præd.*

VII. Quo loco statim occurret, ut quæratur, cur non sit servitus rei aut prædii, quæ rei nostræ, aut prædii nostri caussa constituta est: tametsi aut debeatur a re mobili, aut debeatur mobili rei. Quid enim ad rem pertinet rerum conditio, dum sint nostræ, constituentium; & servitus constituta sit rei meæ caussa? Esto enim, sit hæc res mobilis. Attamen res mobilis mea, tam mea est, quam immobilis; & quod eius caussa paratur, tam paratur rei meæ caussa, quam si paratum esset caussa prædii. Ex contrario & res mobilis aliena destinata ad serviendum, tam est in iure & potestate domini ad servitutem ei imponendam, quam quævis res eius immobilis. Quid igitur obstant, inquam, res mobiles, quominus sit rei nostræ servitus, quæcumque rei nostræ caussa constituta est; sive res nostra erit mobilis, cui servitutem quæsitam volumus; sive mobilis res aliena, a qua debetur servitus? Et nihil obstaret rerum conditio, si hoc tantum quæreremus in servitute prædii, ut esset prædii caussa constituta. Sed hoc amplius exigimus, ut esse possit in perpetuo rei usu, quoties opus erit. Quam recte exigamus hunc usum, dicetur postea suo ordine. Nunc hoc concesso, quod inde sumi volumus, usum scilicet servitutis rei perpetuum esse debere ei rei, cui debetur: fit, quod est proprium huius partis, ut non possit servitus rei consistere, nisi in prædiis duobus, quorum uni servitus debeatur, alterum debeat. Nam si rei mobilis usus legatus erit fundi nostri caussa, puta, iumentorum, ut in nostro opus faciant, iumenta subduci possunt, & se ipsa subducere, ne semper parata sint ad usum eum præbendum, cum opus est, & rei nostræ utilitas desiderat. Et contra si fundo alieno imposita erit servitus pecoris nostri pascendi caussa, eodem modo pecora se subducere possunt, & subduci, ne cum ipsis opus est, percipiant eum usum servitutis. Qua utraque re efficitur, ne servitus sit in perpetuo usu eius rei, cui servitus debetur. Utrumque contra eveniet, si erunt utrinque prædia. Hæc enim loco consistunt, nec moventur. Quam ob caussam fieri non potest, quin servitute in his constituta semper parata sint, illud ad usum servitutis debitæ perpetuo præbendum, hoc ad usum servitutis quæsitæ perpetuo recipiendum.

VIII. Prædiis positis, in quibus volemus constitui servitutem, proximum erit ad servitutem prædii constituendam, seu ad huius constitutionis notionem, ut spectetur utilitas prædii, cui servitutem quæsitam volumus. Hic vero finis est servitutis omnis, huius utilitas, cuius etiam caussa servitus omnis quæritur in alieno. *L. quoties,* 1. *D. de servit.* Idem hic finis initio servitutum genera distinguit, ut quemadmodum si qua non sit constituta ad utilitatem alicuius personæ, non est personæ: sic & si qua non erit constituta prædii caussa, non sit prædii. Ita hic finis est in hoc genere, quem prædio invento ante omnia statui oporteat: sine quo quæcumque addiderimus postea, ut efficiatur hæc servitus, tamen prædii servitus esse non potest.

IX. Hæc utilitas in servitutibus prædiorum duo desiderat.

X. Primum illud citra controversiam, ut servitus constituta sit eius prædii caussa, cui eam quæsitam deberi volumus, sitque ut constituitur, re vera ei utilis. Quæ servitus in alieno meliorem caussam prædii nostri non facit, ea non est prædii servitus. *L. si ædes,* 38. *D. de serv. urb. præd. L. veluti,* in pr. & §. 1. vers. *quid ergo, D. de ser. rust. præd.*

XI. Hinc illud Pauli in *L. ut pomum,* D. de servit. *ut pomum decerpere liceat, ut spatiari & cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest.* De servitute personæ hoc dictum accipi non potest. Quisquis enim iure constituto alterum in re sua quid facientem cogitur pati, huius res servit. *L. quoties,* 1. in fin. *D. de servit.* Quisquis item in re sua ius suum aliqua in parte deminuit, alterius auxit, servitutem rei suæ imposuit. *L. de pupillo,* §. *& belle, D. de op. no. nunt.* In ea autem caussa est, qui alteri in re sua pomi decerpendi, spatiandi, cœnandi ius concessit. Sic enim cogitur pati, quod prius non cogebatur, & aperte his rebus ut deminuit ius suum, ita auget ius eius, cui concessit. Non dubium igitur, quin hoc cesso aut relicto, servitus constituta sit. Quæ si non est prædii, restat ex divisione superiore, ut sit personæ. Et est omnino personæ, nempe usus in alieno ad res supra scriptas constitutus. Nam & usus alicui sic constitui potest, ut aqua tantum, quæ in nostro fundo est, utatur. *L. usus aquæ, D. quib. mod. ususfruct. amit.* Quidni & de cæteris rebus aut partibus fundi ita constitui potest, ut quis his utatur ad eumdem certum modum? Quid est ergo, quod Paulus ait superiorum rerum servitutem imponi non posse? Et cum de servitute personæ id accipi non possit; relinquitur, ut dictum

dictum sit de servitute prædii: sitque hæc sententia, illarum rerum servitutem prædii esse non posse. Neque vero verba refragantur. Etsi enim generaliter servitutis verbo continentur servitutes omnes etiam quæ sunt personarum: *L. 1. D. de servit. L. 1, §. si ususfructus, D. ad leg. Falcid.* tamen sic fere usus veterum obtinuit, ut hoc verbo 3 specialiter vocent eam, quæ est servitus prædii, per excellentiam nominis videlicet, quomodo etiam eum simpliciter servitus, & servitutes nominantur, in his locis accipi constat, *L. 2. L. 4. D. de servit. L. ergo, L. veluti, seq. D. de servit. rust. præd. L. 2. D. si ser. vind. §. ultim. Iustit. de us. & hab.* Unde *Titulus in C. de servitutibus*, distinctus a *Titulo de usufructu*. Item & in *Institutionibus*. In quo numero & hunc locum Pauli haberi oportet. Et vero sententia ad eam rationem pertinet, quam tractamus. Ideo superiorum rerum servitus prædii imponi non potest, quantumvis prædium vicinum habeamus, quia nihil eorum prædio nostro utile. Sunt enim omnia extra fundum, ut apparet, & eum quid eorum fecerimus, id est, pomum decerpserimus, spatiati, & cœnati fuerimus in alieno; nihil tamen inde referri potest ad utilitatem prædii nostri, nihil quod in fundo ad eius utilitatem consumatur. Dices, propter ista fundum nostrum pluris vendi posse, & hactenus servitutem ad utilitatem fundi nostri pertinere. Recte hoc diceretur, si prius constaret hæc iura fundo nostro esse quæsita. Quod si quæsita non sunt, verum non est fundum pluris 4 vendi posse propter ea, quæ non sunt eius fundi, & quæ fundum venditum non sequuntur. At de hoc ipso controversia est, an sint hæc iura fundo meo quæsita. Hoc quidem Paulus negat, quocumque modo servitutis verbum apud eum accipi placet, sive generaliter, sive specialiter. Et ut quis concedat aliquem venditorem errore deceptum propter ista iura mihi cessa pluris fundum meum emere velle, atque adeo quanvis concedat, iure fundum propter ea pluris vendi posse, quod fieri non potest: tamen vel hoc ipsum declarat ea iura ad utilitatem prædii mei non pertinere: quia pretium tunc percipio, cum amplius prædium non habeo, utpote traditum iam ex caussa emptionis, aut re in eam caussam deducta, ut tradere debeam.

XII. Utilitatem prædii hic sic accipiemus ut exposuimus in definitione servitutis, commoditatem, quidquid denique facere commodum est, vel ad prædii amœnitatem & voluptatem, ut sæpe accidit in aquæductu, & prospectu. *L. hoc iure. D. de aq. quot. & æst.* Sed & illud ex eodem loco adiiciemus, utilitatem præsentem hic necessario non exigi. Servitutem utilem esse posse, & haberi ad casus repentinos, satis esse. *L. ei fundo. D. de servit.*

XIII. Alterum desiderat ea utilitas, quam in servitute prædii quærimus, ut servitus constituta sit ad eius solius prædii usum, id est hactenus, quatenus ad id prædium opus sit. Non ultra. *L. ergo,* in fin. *D. de servitut. rust. præd.* Quod si quid nobis constitutum sit licere ex alieno sumere, quo quidem possimus uti ad utilitatem prædii nostri, verum & extra fundum ad utilitatem nostram liceat: placet servitutem esse personæ, nempe usumfructum; prædii servitutem non esse. Declaratur hæc sententia exemplis in *L. 4. L. ergo.* sed maxime in *L. veluti, seq. D. de ser. rust. præd.* Sed cur exigimus ut servitus constituta sit solius prædii dominantis caussa, ac non satis est ita esse constitutam, ut possit prædio aliquo modo esse utilis? Quia id cuiusque esse intelligitur, quod eius est proprium. At quærimus servitutem, quæ sit prædii. Proinde recte exigimus, ut sit servitus, quæ sit prædii propria. Non est autem prædii propria, si ad alienas utilitates sponte sua potest transferri.

CAP.

3) Ita & Hot. 8. *Obs.* 20. Duar. *ad d. L.* 8. (ipsi 7.) quia servitutes reales perpetuum usum & continuam caussam requirant, & fere Forner. 2. *Select.* 28. Sic & in *Rub. h. t.* genus ad speciem revocari pro subiecto argumento vult Baro *ibid.* Qui tamen ad §. 3. *I. h. t.* accipit *d. L.* 8. de loco alieno ratione constituentis servitutem, ut sit sensus: Neminem in alieno, sed in suo servitutem imponere debere. Quæ non probo. Sic enim dubitatio levissima, & cur speciatim diceretur, quod generatim & perpetuo verum. Cuiac 24. *Obs.* 22. contendit nec servitutem personalem, sic constitui posse, quod nec usui nec ususfructui similis sit; sed conventionem huiusmodi venditioni forte rei adiectam iustam esse ac obligationem parere, arg. *L.* 12. *de ann. leg.* & Io. Superior ad *d. L.* 8. (ipsi 7.) *n.* 2. Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 13. *&* *seqq.* ac Busius ad *d. L.* 8. Sed quis dicet aquæ haustum usui vel fructui similem, qui tamen quandoque servitus personalis ut & ius gestandi in alieno *L.* 14. *ult. de all. leg.* Hot. *d. C.* 20. Zas. *in Parat. h. t. n.* 2. vocat hanc servitutem ignominem & anomalam seu irregularem. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 2. *n.* 12. non esse servitutem hanc personalem, sed aliud ius personale illi affine, quod reprobat Coras. *ad d. L.* 8. *n.* 9. *&* 10. qui & *n.* 8. ideo hic servitutem realem non esse, quia prædium cui deberetur, non nominatum.

4) Io. Superior *ad d. L.* 8. quod pluris vendi possit, fundus, id quia extra fundum sit ac remotius non spectari. In servitutibus enim hæc, non quoquomodo interesse prædii debere nec secundum quid, sed principaliter.

CAP. II.

Servitutes prædiorum facultatem servitute perpetuo utendi, quandiu amissæ non sint, desiderare. Ad eam facultatem exigi hæc tria: ut sint prædia duo, quorum unum servitutem debeat, alteri debeatur: ut prædia sint vicina: ut servitus quæcumque est prædii, caussam habeat perpetuam: & de duobus prioribus. Maxime de eo, Quatenus vicina prædia esse oporteat, Et quid in his intermedium servitutem impediat.

Prædiorum servitus perpetuum rei servientis usum requirit. I.
Ad hanc usus perpetuitatem tria desiderantur; & quæ. II.
Duorum prædiorum superius exposita ratio; & quatenus. III.
Item prædii utriusque vicinitas per intermedium non interrupta. IV.
An locus intermedius impediat, necne servitutem, unde æstimandum. V.
Non impedit nullus in servitute usus intermedii loci. VI.
Si tamen ille sit necessarius; distinctionis modus qui. VII.
Interest utrum locus intermedius sit proprius, an alienus; itemque sacer, religiosus; an publicus. VIII.
Proprius nunquam impedit. IX.
Alienus, uti & sacer, religiosus, sanctus omnem prædii rustici servitutem impedit, non item omnem urbani: & quare. X.
Publicus locus intermedius nec omnem rusticam servitutem impedit, nec omnem urbanam. Differentiæ ratio. XI.
Item publicum flumen si intercedat, iter aut viam non impedit, cum pontem habet, aut vadum; secus cum pontonibus traiicitur. XII.
Interpretatio L. 38. D. de servit. rustic. præd. *& quatenus fluminis exemplum recte transferatur in privatum lacum, eumdemque perpetuum*. XIII. XIV.
Locus privatus intermedius non est perpetuum servitutis impedimentum, & quomodo: secus publicus, sacer, aut religiosus & quare. XV.

I. Non sufficit servitutem prædio constitutam soli prædio esse constitutam, ut sit prædii. Tertium exigimus in caussis superioribus, ut sit facultas perpetua ea servitute utendi, id est, ut servitus ita sit constituta, ut possit etiam secundum naturam rerum in eius rei usu perpetuo haberi. Nec immerito id tertium exigitur. Nam ne hoc quidem proprium, quod hic quærimus, esse intelligitur cuiusquam, nisi quod sit etiam in eius potestate, ut eo uti possit, cum velit, aut alius eius nomine, nec finiatur, quandiu est is, cuius res est propria, nisi amittatur iustis & constitutis modis. Id in servitute prædii ita contingit, si ut prædium perpetuum est, ita facultatem servitutis sibi semel quæsitam perpetuo retineat, nisi suis & iustis modis amittatur. Ut autem sciri possit huius perpetui usus facultatem ad naturam servitutis iure necessariam haberi; quæcumque visa sunt ad hunc usum obtinendum pertinere, observabimus eadem ad constituendam prædii servitutem iure recepta desiderari; ut sic ex iis, quæ propter finem inducta sunt, liceat finem ipsum facile agnoscere.

II. Sunt ergo ex hac caussa hæc tria ad servitutem prædii constituendam. Primum ut sint prædia utrinque huic servituti subiecta, quorum unum serviat, alterum dominetur. Secundum, ut hæc prædia sint vicina. Tertium, ut servitus quæcumque est, caussam habeat perpetuam. De quibus omnibus iuris & veterum constitutiones sunt certæ.

III. De prædiis iam ante diximus in rebus; in quibus volumus servitutem consistere. Idque ideo distincte & primo loco, quia ante omnia res convenientes subiacere oporteat, in quibus constituatur prædii servitus. In quo est quidem materia servitutis huius generis: sed ita tamen, ut cum longius progredi, & caussam investigare volumus, prædiorum in hac servitute exigendorum ratio ex hac caussa ducatur, quia in hoc genere perpetuum usum servitutis quærimus. Hic enim ita demum pro natura rerum esse potest, si servitus constituatur in rebus immo-

immobilibus, id est, in prædiis; rebus videlicet eodem loco perpetuo consistentibus, eoque ita constitutis, ut una perpetuo parata sit ad servitutem præstandam, altera ad recipiendam, ut & supra ostendimus.

IV. Non est satis. Ex eadem caussa in his prædiis exigitur secundum ad servitutem prædii, ut sint vicina; quod quidem satis sit ad usum servitutis perpetuo præbendum, & mutuo recipiendum. Servitus prædii quanvis prædio imposita & alterius prædii caussa, quod quis habeat: tamen ei qui vicinum prædium non habet, constitui non potest, ut est in *L. ergo*, 5. *D. de servitut. rust. præd.* & *L. Mela*, §. *ultim. D. de ali. leg.* Sed vicina prædia intelligere debemus, aut [1] coniuncta & continentia, quorum ex uno ad alterum servitutis usus pervenire potest sine interruptione; aut loco quidem aliquo intermedio disiuncta, sed eo loco, qui non impediat usum servitutis. Cæterum loco medio intercedente, si is servitutis usum impedit, servitus constitui non potest, sive impediat in totum; sive ita, ut per naturam loci nobis non liceat servitute uti, cum opus est, & volumus. Facultatem enim, ut dixi, ea servitute utendi perpetuam exigimus. In itinere, actu, via, & similibus servitutibus rusticorum prædiorum per fundum meum ad tuum constitutis, locus intermedius privatus, quia non servit, in totum impedit usum servitutis. Ideo sine dubitatione impedit servitutem. *L. qui sella*, §. *ultim. D. de servitut. rust. præd.* Sed ut maxime intercedat flumen publicum, quod a quovis privato usu navigari & traiici potest: si tamen flumen nihil habeat amplius, quam pontones, quibus traiiciatur, placet viam per fundum tuum ulteriorem ad citeriorem meum constitui non posse. *L. ult. D. de ser. rust. præd.* Non alia de caussa, ut apparet, quam quod pontones non semper sint ad manum, ut ire & commeare liceat, quoties libet, aut expedit.

V. Hinc quæsitum, quæ loca intermedia interrumpant usum servitutis, aut non interrumpant, ac per usum impediant, aut non impediant servitutem. De quo commode ita statuemus. Primum videndum, utrum ut usus servitutis a prædio alieno ad nostrum pervenire possit, non necesse sit aliquid facere in loco intermedio; an vero sit necesse.

VI. Si nihil facere necesse est, nullus locus intermedius impediet servitutem, quæ modo prædio nostro possit esse utilis. Quod accidit in servitute, ne luminibus, aut prospectui ædium nostrarum officiatur. Finge enim inter meas & tuas ædes intermedias esse ædes Titii, sed depressas ita, ut si velis attollere ædes tuas, possis nihilominus & prospectui, & luminibus meis officere. Si mihi concedas ius tibi non esse tollere altius, ne luminibus meis aut prospectui officias; aperte utile ius est ædibus meis, & utilitas eiusmodi, quæ ad meas ædes pertineat, etsi nihil ego in ædibus Titii faciam, aut in eas immittam. Ideo placuit hanc servitutem ulterioribus ædibus recte imponi, nec intermedias ædes alienas, quanvis non serviant, obstare. *L.* 4. in fin. *L.* 5. *L.* 6. in princ. *D. si ser. vind. L. in tradendis*. §. 1. *D. com. præd.* Et animadversa ratione idem generaliter dicemus, quisquis locus intercedet, etiam si publicus vicus, aut alia via publica. *L.* 1. *D. de serv. urb. præd.* Ergo etsi erit locus sacer, aut religiosus: ut quo uti in ea servitute non sit necesse. arg. in *L. si prius*, §. *pen.* in fin. *D. de aq. plu. arc.*

VII. Quod si ad servitutis usum necesse erit aliquid in loco intermedio facere: hic proximum est, ut videamus, quid in eo loco liceat, quid non liceat, ut si quidem in eo idem nobis liceat, quod in fundo serviente, nihil sit impedimento servituti, si non licet, aut licet non sine interruptione, impediatur servitus. Hinc locorum intermediorum in hoc genere apud veteres distinctio.

VIII. Interest igitur utrum locus intermedius, quo ad servitutem uti oportet, meus sit, an alienus, & qui in eadem caussa sunt, locus sacer, religiosus, sanctus, an vero publicus.

IX. Si meus, nihil nocet. Veluti, si fundo tuo duo sint mihi ordine prædia vicina, & velim per tuum ius mihi esse ire agere ad fundum meum ulteriorem, ita ut soli ei servitus debeatur. Recte mihi cedes servitutem, nec impediet meus privatus intermedius, quanvis eamdem servitutem nec habeat, nec debeat. *L. si prius*, §. *pen.* in pr. *D. de aq. plu. arcen.* scilicet cum sit mei iuris totus. Per eum quoque meo iure ire agere possum ad meum ulteriorem; atque hoc modo iter a tuo cœptum ad ulteriorem illum sine interpellatione continuare. X.

1) Nec differentia est hic inter servitutes urbanas & rusticas, quasi in his vicinitas prædii dominantis & servientis requiratur, in illis non item, ut Io. Sup. *ad L.* 3 *h. t. n.* 3. & Vult. *in pr. I. h. t. n.* 12. *& seq.* nec simpliciter interest prædia intermedia publica sint, an privata, ut fere Coras. *ad L.* 14. §. *ult. h. t. n.* 3. *&* 4. sed in eo consistit, an prædium interiectum impediat venire utilitatem de uno ad aliud. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 18. *n.* 2. Duar. *ad d. L.* 14. §. *ult.*

X. Si locus intermedius erit alienus: quia in eo nihil licet facere invito domino. *L. ſicut*, §. *Ariſto*, *D. ſi ſervit. vind.* Eveniet contra generaliter, ut ſi in eo quid faciendum erit ad uſum ſervitutis, impediat [2] ſervitutem: niſi & per eum eadem mihi conſtituta ſit ſervitus. *L. tria*, in fin. *D. de ſervit. ruſtic. præd.* Tales ſunt ſervitutes omnes prædiorum ruſticorum. Ideo in his recte ita traditur ſine exceptione: *in ruſticis prædiis impedit ſervitutem medium prædium, quod non ſervit*. L. qui ſella, §. ultim. *D. de ſervit. ruſticor. præd.* dum medium prædium hic intelligamus, quod non ſervit quidem, ſervire tamen nobis poteſt, ideſt, alienum, non noſtrum. Nam nec noſtrum medium nobis ſervit, cum per tuum fundum ſuperiori fundo meo via ceſſa eſt. Nulli enim res ſua ſervit. *L. in re communi*, *D. de ſervit. urban. præd.* Valet tamen nihilominus ſervitus, ut ſupra diximus. *d. L. ſi prius*, §. *pen. de aq. plu. arc.* Sed & hoc nobis non poteſt ſervire. *L. uti*, in pr. *D. ſi uſufr. pet.* Ideo ad definitionem ſuperiorem non pertinet. Tales item ſervitutes prædiorum urbanorum eæ, in quibus ab unis ædibus in vicinas aliquid immittitur, proiicitur; ut tigni immittendi, proiiciendi, protegendi, fluminum, & ſtillicidiorum. Quare & in his ex eadem regula impediet ſervitutem locus medius privatus, qui non ſervit. Non enim poſſunt immiſſa & proiecta ex meis ædibus ad tuas pervenire, ut illæ meis ſerviant, quin ſi locus aliquis medius intercedat, eadem illa ſupra eum locum protendantur, & per eum traiiciantur. Nulli autem in alieno facere quidquam licet invito domino niſi iure ſervitutis. *d. L. ſicut*, §. *Ariſto*, *ſi ſer. vind.* Quod ſi non licet in alieno, nec licebit in cœlo, quod ſupra id ſolum eſt, quia cœlum, quod eſt ſupra ſolum, non minus liberum eſſe debet. *L. 1. D. de ſer. urb. præd.* Hoc quidem de publico loco ſcriptum eſt in *d. L. 1.* huius interventu impediri ſuperiores ſervitutes urbanorum prædiorum: hac ipſa ratione, quod cœlum, quod ſupra id ſolum intercedit, liberum eſſe debeat. Multo igitur citius impedierit eaſdem ſervitutes locus privatus intermedius; quia in eo multo minus licet quid facere quam in publico, qui alioqui patet publicis omnium uſibus. Eadem cauſſa loci [3] ſacri, religioſi, ſancti intermedii, quæ & privati: ut quoniam his uti fas non eſt, nulla etiam ex ſuperioribus ſervitus poſſit imponi *d. L. ſi prius*, §. *penult.* in fin. *de aq. plu. arceu. L. ſervitutes prædiorum*, §. *ult. D. de ſervit.*

XI. Loci publici intermedii diverſa a ſuperioribus cauſſa eſt. Sunt enim quædam, quæ in publico loco facere non liceat; ſunt, quæ liceat iure publico. Et ex his quædam ſemper, quædam non ſemper, cum volumus, natura loci publici prohibente. Videndum igitur, quid ex his ad uſum ſervitutis liceat in publico, quid non liceat, & ex eo, quando loco publico intercedente impediatur ſervitus, aut non impediatur, æſtimandum. Ædificare in publico, immittereve quid in eum locum, quod uſum publicum impediat, omnino non licet. *L. 2.* in pr. & §. *ſi quis nemine*, *D. ne quid in loc. pub.* Sed nec ſupra eum locum quidquam poſitum habere, quo publico noceatur. Nocetur autem, ſi cœlum quod ſupra id ſolum eſt, non ſit liberum. Ideo ut ſit liberum, exigitur *d. L. 1. D. de ſerv. urb. præd.* Quare recte dicitur ibidem, ſi interveniat [4] ſolum publicum, vel via publica, immittendi, protegendi, proiiciendi, item fluminum & ſtillicidiorum immittendorum ſervitutes impediri. Nam ſi quæ immittuntur, proiiciunturve e noſtro in alienum, per locum intermedium traiicienda ſunt, ut ad locum ſervientem perveniant, neceſſe eſt eadem hæc immitti in locum aut ſupra locum publicum intermedium. Quod cum iure facere non liceat, hic neceſſe eſt impediri uſum ſervitutis, eoque & ſervitutem, quæ eſt in uſu. At per viam publicam itineraque publica ire, agere, commeare libere cuivis conceſſum eſt, omniaque facere, quibus non impeditur uſus publicus. *L. 2.* in pr. §. *ait prætor*, *D. ne quid in loc. pub.* Proinde ſi erit ſervitus in eundo agendove; & via publica intercedet, recte conſtituetur ſervitus, ut iter, actus, via, aquæ hauſtus, nec erit via publica impedimento. *L. ſervitutes prædiorum*, §. *publico*, *D. de ſervit. L. 1. D. de ſer. urb. præd.* Non idem conceſſum in aquæductu, ſed conſtitutum, a principe peti debere, ut per viam publicam aquam ducere ſine incommodo publi-

2) Si tamen inter meum & tuum fundum, prædium Caii medium, & per viam publicam poſſit ex tuo in meum iri, recte conſtituetur ſervitus, ut poſt Bart. *in L. 7. §. ult. R. P.* Coraſ. *ad L. 14 §. ult. h. t. n. 5.* quia & tunc per fundum Caii nihil fieri neceſſe eſt.

3) Quia loca ſacra & religioſa uſibus humanis penitus exempta; Publica non item, ſed uſibus omnium, ſecundum eorum naturam ſcilicet inſerviunt, Coraſ. *ad d. §. ult. n. 16.*

4) Nam ſi inter ædes noſtras via intercedat, trabe ex ædibus meis in tuas immiſſa utique contegetur ſolum publicum, Coraſ. *d. loc. n. 5.*

blico liceat. *d. L. servitutes*, §. *publico*, *de serv.* Credo, quia aquæductu facile [5] via corrumpi potest, certe periculum est, ne tempore fatiscat paulatim subsidente terra, aut tubulis.

XII. Sed & flumen publicum licet cuivis traiicere, sive pontem habeat, sive non habeat, & non nisi navibus traiiciatur. Ut enim desint cætera, licet certe cuivis in flumine publico navigare, ut velit. *L.* 1. *D. ut in flum. pub. navig. lic.* Quid ergo, si eædem servitutes constitutæ erunt, iter, actus, via, & flumen publicum intercedet? Iam dixi in loco intermedio non illud tantum spectandum esse, an in totum impediatur usus servitutis, sed etiam an sæpe, ut non liceat eo loco semper uti, cum velimus, etiam secundum ipsius naturam. Id ipsum in flumine accidit. Atque hinc distinctio veterum in hoc genere, ut si quidem flumen pontem habeat, aut vado possit transiri, possit, & flumine publico interveniente, via constitui: sin pontonibus tantum traiiciatur, contra *L. ult. D. de ser. rust. præd. L. si prius*, §. *pen. de aq. plu. arc.* Nempe quia priore casu semper paratus est traiectus intermedii loci, cum semper pons transiri possit, aut vadum; ut hic nihil obstet perpetuo usui itineris aut viæ. Posteriore interrumpitur naturalis facultas servitute utendi, cum libet, aut expedit: quia non semper sunt pontones ad manum, ut per eos liceat traiicere, eum volumus. Nunc autem usum servitutis perpetuum, certe qui natura rerum talis esse possit, quærimus.

XIII. Quod tamen dicitur flumine publico intercedente, quod pontonibus tantum traiiciatur, viam constitui non posse, de eo ita disserit Paulus in *d. L. ult. D. de ser. rust. præd.* ut significet ita verum esse, si flumen interveniat inter meum prædium, cui servitus debetur, & tuum quod servitutem debet. Diversum [6] esse, si interveniat inter prædia plurium dominorum, aut inter plura eiusdem domini: sic deinde mihi per ea prædia tam citeriora, quam ulteriora via constituatur ad meum fundum. Ut puta, constituta est mihi via a meo fundo per tuum fundum usque ad flumen, a flumine rursum per fundum tuum citeriorem usque ad fundum meum. Placet servitutem hic recte constitutam, quanvis flumen traiici tantum possit pontonibus. Nempe quia una est via, quæ per plures fundos imponitur, cum unus sit fundus, cui debetur. Et quia via est una, ideo placet posse me uno tantum fundo, cui recte imposita sit servitus, utendo totam servitutem retinere. *L. una est, D. de ser. rust. præd.* At a meo fundo usque ad flumen per tuum fundum recte servitus imposita est, cum vicino illo fundo tuo semper uti possim cum velim, quia flumen non intercedit. Quare hoc utendo, quod per situm & naturam locorum licet, totam viam retinebo etiam eam, quæ per ulteriorem fundum constituta est. Nec ad rem pertinet, quod ea via, quæ est ad ulteriorem fundum, fluminis interventu interrumpitur. Nam si ea ipsa via per fundum ulteriorem omnino non uterer; tamen per usum citerioris fundi tota mihi retineretur servitus. *d. L. una, de ser. rust. præd.* Quanto retinebitur magis, si ea utar quandoque traiiciendo flumen, tametsi non semper traiicere possim, eum volo?

XIV. Hac ratione etsi inter meum & tuum fundum, lacus perpetuus tuus intercedat, qui sit in fundo tuo, nihil prohibet, quominus mihi per fundum tuum ulteriorem iter aut viam cedas, & per lacum navigandi quoque servitutem imponas, ut ad fundum meum perveniatur. *L. via*. §. 1. *D. de ser. rust. præd.* Nam & hæc una via est, quæ per fundum tuum, & lacum tuum privatum imponitur; ut quanvis ea uterer per fundum tuum ad lacum usque tantum, tamen tota mihi retineretur. Quo fit, ut multo magis & tum retineam, cum per lacum etiam navigabo, & accedam ad fundum, etiam si per opportunitatem navis non semper liceat traiicere. Quanquam & illud etiam dici potest inter flumen publicum & lacum privatum intermedium hoc interesse, quod in flumine publico non semper pontones aut naviculæ ad traiiciendum paratæ esse possunt: idque natura ipsa rei efficitur. Nam pontones vi fluminis abduci possunt: possunt etiam furto a prætereuntibus, quia flumen patet publice. Utrumque contra in lacu privato, per quem ius navigandi conceditur: ubi naviculæ, quæ ad traiiciendum paratæ sunt, sic habentur, ut neque auferantur a lacu, qui non movetur vi sua, nec periculum sit a furibus in lacu privato & circumsepto.

XV. In his illud monendi sumus, quod scriptum est in *L. in tradendis*, §. 1. *D. com.*

5) Adde quod rivum in medio loco publico exstrui necessum esset, ut de tuo in meum fundum aqua ducatur. *Cujac. d. n.* 5.

6) Hæc verior *d. L. ult.* explicatio. Convenit Duar. *ibid.* Alter Govean. 1. *Var. Lect.* 36. multifariam *d. L. ult.* corrigens, dum pro *alioquin*, *atquin*; pro *sed*, *sedet*; pro *idem iuris*, *id iuris* reponit; ac in fine legis inter illa verba, *quamvis inter*, negativam voculam *non* interiicit.

D. com. præd. sic locum alienum intermedium impedire, exempli gratia, iter, donec is locus non servit: ut tamen servitus convalescat, si medio loco servitus postea imposita fuerit, aut desierit locus servituti obstare: quoniam per plurium prædia servitus imponi etiam diversis temporibus possit. Quod ad loca publica, aut religiosa, item sacra, quæ media sunt, non pertinet. De his enim pacisci in totum non licet, nec eo magis convalescit pactum, si forte loca conditionem mutaverint. *L. inter*, *§. sacram*, *D. de verb. obl.*

CAP. III.

Omnes servitutes prædiorum caussas perpetuas habere debere. Caussæ servitutis, quæ hic vocentur. Quæ ex his perpetuæ, quæ non perpetuæ.

Continuatio. I.
Causa servitutis ambigua: quo sensu accipienda. Duplex illa; & quæ. II. III.
Debet esse perpetua: talis autem nonnisi ex naturali causa. IV.
Interdum & ex hominis facto; & quatenus. V.
Ideo & foramen in pariete proluendi pavimenti causa non est in hoc genere servitutum. Pauli in L. 28. D. de servit. urb. præd. *vera ratio defenditur.* VI.
Item nec aquæductus aliunde quam ex perenni fonte aut scatebra petitus. VII.
An servitus aquæ ex castello ducendæ, aut ex privato flumine tollendæ per rotam recte constituatur. Quæ de ea veterum olim opinio. Castellum quid. VIII.
An ius cloacæ & fumi immittendi, & per privatum lacum navigandi perpetuas obtineant servitutis causas; & quomodo. Quid cloaca. IX. X. XI.
Summa huius & superiorum capitum quo referenda. XII.
Usus perpetuitas in servitute prædii qualis desideratur. XIII.
Conclusio, & methodi ratio. XIV.

I. EX eadem caussa perpetui usus, quem in servitute prædii quærimus, tertium illud natum, quod veteres statuerunt, omnes servitutes prædiorum [1] perpetuas caussas habere debere. *L. foramen*, *D. de serv. urban. præd.*

II. Caussa servitutis dici potest etiam res omnis, quæ servituti usum præbet, ut sunt prædia, quæ servitutem præstant, & recipiunt, item loca intermedia servituti materiam substernentia. Unde itineris, actus, viæ caussam perpetuam dicere possumus, quia hanc præstant prædia ad servitutem præbendam parata. Hæc autem perpetua. Sed cum ita dicitur, servitutes prædiorum perpetuas caussas habere debere: apparet hic caussas alias quæri, quam prædia, quæ iam satis ante posita erant. Ineptum enim esset dicere, servitutes prædiorum debere habere prædia. Quasi quisquam dubitaturus esset, an si prædiorum servitutes sunt, possint aliquando non habere prædia. Est autem extra prædia caussa servitutis, quæ superiore definitione intelligitur, res omnis quæ servituti occasionem præbet, seu cuius caussa servitus quæsita est.

III. Ea res & caussa duplex, vel cuius arcendæ caussa, quia nostrum prædium onerat; vel cuius habendæ gratia, quia prodest prædio, servitus est constituta. Ut in stillicidio, stillicidii caussa est aqua pluvia, quæ naturalis & perpetua caussa est, in *d. L. foramen*, *de ser. urb. præd.* quia servitus stillicidii propter hanc aquam comparata est, quo scilicet eam ab ædibus nostris avertamus. In aquæductu, huius servitutis caussa est hæc ipsa aqua, quæ ducitur, *d. L. foramen*. *L. 1. §. hoc interdictum*, *D. de fonte*. nempe quia huius in nostro habendæ caussa servitus paratur.

[1]) Quam omnes servitutes requirere etiam, & recte, volunt Io. Superior *ad. L.* 14. (ipsi 12.) *pr. h. t.* Coras. *ibid. n.* 3 *&* 4. (ubi Longovall. *ad L.* 3. *de iurisd.* omnes servitutes esse continuas ratione caussæ, & discontinuas ratione possessionis contendentis opinionem refert, a quo ex parte recedit *n.* 5.) Duar. *ad d. L.* 28. *V. P.* Cuiac. 11. *Obs.* 3. Diss. vulgo DD. ref. Coras. *d. lo. n.* 1. quos sequitur Cæpolla *de Serv. urb. C.* 19. *n.* 2. *&* 3. tradentes servitutes alias habere caussam continuam sive perpetuam, quæ semper in usu est actu & potentia; ut aquæductus, ius altius non tollendi; alias quasi continuam, quæ semper potentia adest, licet non semper actu: ut Servitus stillicidii. Nam nec hic requiri factum hominis ad usum, licet, uti & in priori specie, requiratur ad constitutionem, & apta est semper usum recipere ex operatione naturæ, sine opera hominis; alias discontinuam, quæ nec potentia semper in usu, sed requirit intermissionem, ob necessarium in ea factum hominis. Ut iter, actus, &c. Sed male confundunt caussam cum possessione, vid. *infra C.* 11. Hot. 4. *Obs.* 2. alias habere continuam possessionem quæ in superficie sunt, alias intermissionem, quæ in solo consistunt.

IV. Has cauſſas & ſimiles vult Paulus eſſe perpetuas in *d. L. foramen*. Ac perpetuam illic definit, quæcumque res eſt, quæ ex naturali cauſa oritur; non ſolum ſi ſit aſſidua & perennis, qualis eſt in aquæductu aqua fontis; quam vivam & perennem, eoque & maxime perpetuam eſſe conſtat: *d. L.* 1. *§. hoc interdictum*, *D. de fonte*. Sed etsi non aſſidue oriatur; qualis eſt in ſtillicidio aqua pluvia. Quia quod ex cœlo cadit, inquit, etsi non aſſidue fit, ex naturali tamen cauſſa fit: & ideo perpetuo fieri exiſtimatur. Recte. Spectamus enim hic non quid fiat, ſed [a] quid fieri poſſit natura. Semper autem & aſſidue pluere poteſt Deus, ſive id facit, ſive non facit. Cæterum quod non fit aſſidue, ſi manu fit, negat eſſe cauſſam perpetuam. Qualis eſt ea aqua, quæ ad pavimentum proluendum quotidie inicitur.

V. Sed tamen & quod naſcitur ex facto noſtro, interdum perpetua cauſa habetur, ſi eius habendi cauſſa prædium, aut pars prædii, in qua id habetur, parata eſt. Ut enim prædium eſt, ita & eam rem haberi oportet, ad quam prædium deſtinatur. Prædium autem perpetuum. Huiuſmodi res eſt in camino aut fornace ignis: ex eo igne fumus. Ex quo fumi inde emittendi cauſſa ſervitutem nobis conſtitui placet, quanvis conſtet ignem in iſtas res manu inferri. *L. ſicut*, *§. Ariſto*, *D. ſi ſer. vind.* Nempe hic ſpectamus id, propter quod prædium habetur. Caminus autem & Fornax habentur ad hunc ipſum uſum, ut aut ignem perpetuum habeant, aut ſemper parata ſint ad habendum.

VI. Quod ſi id quod occaſionem ſervituti quærendæ præbet, neque ex naturali cauſa eſt, neque huiuſmodi, ut cum manu fiat, prædium propter id ſit paratum: non eſt hæc cauſſa perpetua ſervitutis prædii, quamobrem nec ex ea cauſſa ſervitus prædii conſtitui poteſt. Exempla ſunt duo apud Paulum in *d. L. foramen*, *de ſer. urban. præd.* foramen in pariete pavimenti proluendi cauſſa, & aquæductus aliunde quam ex fonte, aut ſcaturiente aqua. Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod eſſet pavimenti proluendi cauſſa, ait placuiſſe neque flumen eſſe, ideſt, ſervitutem fluminis, neque tempore acquiri, ſi in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat. At quamobrem? an quod ſervitus quæ continuam poſſeſſionem non habeat, uſucapi non poteſt, ut vulgo acceperunt? Immo, inquit, quia perpetuam cauſſam non habet, quod manu fit. Omnes autem ſervitutes prædiorum perpetuas cauſſas habere debent. Quo aperte ſignificat hanc prædii ſervitutem eſſe non poſſe. Quod & prius expreſſerat, cum flumen eſſe negavit, ut appareat, quanvis vicinus ultro mihi ceſſerit ius eius foraminis habendi, & aquæ, quæ manu iniecta ſit, per id foramen emittendæ cauſſa: tamen eius rei ſervitutem prædii eſſe non poſſe. Poterit quidem eſſe ſervitus perſonæ. Semper enim tenendum eſt, quidquid dominus in re ſua a nobis cogitur, pati, ſervitutem eſſe. *L. quoties*, 1. in fin. *D. de ſervit.* Itaque ſi non eſt prædii, erit perſonæ ex diviſione. *L.* 1. *de ſervit.* Sed non erit hæc ſervitus prædii, quæ perpetuam cauſam non habet.

VII. Idem accidit in aquæductu, ut ſi quidem aqua nobis ducitur ex fonte aut ex flumine publico, recte conſtituatur aquæductus; quia aquam vivam & perpetuam habeat, eoque & perpetuam cauſſam ſervitutis. Sin ducatur ex ciſterna, ex ſtagno, ex lacu, ex piſcina, quæ vivam aquam non habeant, conſtitui aquæductus non poſſit, quia non habeat perpetuam cauſſam. *d. L. foramen*, *de ſer. urb. præd. d. L.* 1. *§. hoc interdictum*, *de fonte*. Aquæductum accipiemus, qui ſit ſervitus prædii, ut numeratur in uſu iuris inter ſervitutes ruſticorum prædiorum. Nam ut ſit perſonæ ſervitus, nihil prohibet ex locis ſuperioribus ſervitutem nobis conſtitui in alieno aquæducendæ, ubi dominus in ſuo hunc aquæductum cogatur pati, ut ante dixi. *L. quoties*, in fin. *D. de ſervit.* Ita illud relictum in aquæductu, ut nunquam aquæductus ſervitus prædii poſſit conſtitui, niſi ex his locis, quæ aquam vivam & perpetuam haberent, ut ex fonte, aut ex flumine.

VIII. Atque hinc primum nata vetus dubitatio de aqua ex caſtello ducenda, item de aqua per rotam tollenda vel haurienda ex flumine publico. Ac proceſſit eouſque dubitatio, ut nonnulli veterum exiſtimarint non poſſe harum rerum ſervitutem conſtitui. Quod & primo valuit. Sic ergo fuit eorum ſententia, aquæductum ex capite tantum conſtitui poſſe, ex caſtello non poſſe. *L. ſervitus*, 9. *D. de ſervit. ruſtic. præd. L.* 2. *D. com. præd.*

a) Cuiac. 11. *Obſerv.* 3. Cauſſa perpetua, inquit, non eſt continua aſſidua, ſed naturalis. Quod enim naturaliter fit, videtur perpetuum, etſi non fiat aſſidue, Ariſtot. *Li. C. poſter. anal. C.* 7. propterea quod natura cauſſa certa & perpetua eſt. Eorum vero quæ manu noſtra fiunt lex nec certa nec perpetua, vid. & Parlador. 1. *Rer. quotid.* 1. §. 8. *n.* 13. *& ſeq.*

præd. utriusque partis hæc ratio. Est enim caput aquæ illud, unde aqua nascitur, ut in fonte fons ipse. *L.* 1. *§. caput*, *D. de aq. quot.* Quo in loco fontis scaturigo est perennis. Ut nemo dubitet, quin inde recte constituatur servitus. 3 Castellum autem est receptaculum, quod aquam publicam suscipit. *d. L.* 1. *§. ait prætor*, antep. in fin. *de aq. quot.* Hoc autem si per se spectetur, non magis aquam vivam habet, quam cisterna, aut piscina. Unde ambigendi caussa. Sed tandem obtinuit & ex castello, & ex eo receptaculo, in quod aqua ex flumine per rotam sublata esset, aquæductum constitui posse: ut si minus valeret servitus ipso iure, at certe consisteret tuitione prætoris. *d. L. servitus*, 9. *de ser. rust. præd. d. L.* 2. *D. com. præd.* Merito. Non enim hic spectare oportet castellum, quod sane aquam 4 non gignit, nedum perpetuam: sed ipsam aquam, quæ inde ducitur. Hæc autem perpetua est: quia ex fonte, qui est perpetuus. Sic & in ea aqua, quæ ex flumine tollatur coniiciaturque in rivulos, aut alia receptacula, unde & postea constituatur aquæductus, recte visum est originem aquæ spectari debere, non ipsam aquam, quæ educta est ex flumine. Quocumque enim modo educatur primum e flumine, semper verum est a flumine eam duci, dum sine interruptione aqua sublata aut hausta in rivos aquæductus demittatur. Unde & servitutes a prætore tuendas esse placuit, etsi quis forte subtilitate iuris putaret eas non valere. Hæc sententia. *d. L.* 2. *D. com. præd.*

IX. Sed ius de caussis servitutum prædiorum, quas exigimus, dubium faciunt species tres, quas convenit esse prædiorum servitutes, non tamen videntur habere eas caussas perpetuas, quas diximus: ius cloacæ in alienum immittendæ; ius fumi immittendi; ius per lacum privatum navigandi. Ius cloacæ immittendæ servitutem prædii esse constat. *L. ius cloacæ, de ser.* Et tamen hæc ipsa cloaca habet id, quod iniicitur manu, nempe omnem aquam, quæ domus mundandæ & proluendæ caussa immittitur. Auctore autem Paulo non habet perpetuam caussam, quod manu fit. *d. L. foramen, de ser. urb. præd.* Aut quæro, cur hæc sit servitus potius, quam foramen. Quod habetur pavimenti proluendi caussa, quod Paulus superiore ratione fretus negat esse servitutem? Nempe hæc ideo, quod & cloaca perpetuam caussam habet: foramen istud non habet. Non enim cloacam accipimus foramen quodvis, quod in pariete culinæ, aut alio loco habeatur ad eiiciendas eas sordes, quæ sint in eo loco, in quem nihil ex cœlo aquæ veniat; sed hoc verbo accipere debemus omnem locum cavum, qui aquam de cœlo cadentem fluentemque admittat, quæ una secum sordes domus & colluvies auferat. Quamquam enim cloaca ita definitur simpliciter ab Ulpiano, locus cavus, per quem colluvies aliqua fluat: *L.* 1. *§. cloaca, D. de cloac.* tamen hoc ipsum idem valet. Neque enim aut colluvies sit, quæ a colluendo, idest, lavando, dicta est, aut colluvies fluat, nisi & sordes aqua sint collectæ, quæ & una cum aqua deferantur. Quinimmo ipsa cloaca dicta est a colluendo, quasi colluaca: ut sit cloaca, non in qua homines aqua immissa aliquid fluxum faciant: sed quæ ipsa sua sponte colluat, aqua pluvia, aut alia perpetua in eum locum decurrente. Et ut cloaca alia quoque loca significet: tamen ut sit servitus cloacæ immittendæ, ad eam tantum pertinere existimandum est, quæ aquam de cœlo cadentem admittat.

X. Fumi quoque immittendi servitutem esse placet. *L. sicut*, *§. Aristo*, *D. si ser. vind.* Et tamen ut aqua iniicitur manu in pavimentum; sic infertur ignis in caminum aut fornacem: unde & fumus. Iam respondi & hic perpetuam caussam servitutis videri. Hic enim spectari non tam ignem, quam ædificium, aut ædificii partem, quæ ad ignem hunc habendum parata sit. Hanc autem partem esse perpetuam, & ad eum ignem accipiendum paratam perpetuo.

XI. Quod ad ius per 5 lacum privatum navigandi attinet, hanc quoque servitutem, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi posse, traditur in *L. via*, *§.* 1. *D. de servit. rust. præd.* Atqui lacus aquam non esse caussam servituti perpetuam diximus. Inde enim est, quod placet ex lacu aquæductum non posse constitui. Cuius sententiæ non alia ratio redditur, quam quod lacus, qui vivam aquam non habet, nec habeat perpetuam caussam. *d. L. foramen. de ser. urb. præd. d. L.* 1. *§. hoc interdictum, de fonte.* Sed non si dicimus lacum in aquæductu perpetuam caussam servitutis non habere, ideo

3) Quo aqua per rotam hausta infunditur, Hotom. 1. *Amic.* 16. Sic dictum propter locum circundatum ad modum castelli, ubi congregatur & unde ducitur aqua, Cæpolla *de Serv. urb. Cap.* 49. *n.* 2.

4) Vid. Cuiac. 3. *Ob.* 28. Hotom. 1. *Amic.* 15. Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 9.

5) Vid. Gœd. *ad L.* 112. *de V. S. n.* 3. *&* 4.

ideo eum ad alias servitutes recipiendas perpetuam caussam habere negamus. Quin ita se res habet, ut pro natura servitutis in lacu constitutae, alias caussam perpetuam habeat, alias non habeat. Quod in his duabus servitutibus contingit; navigandi iure, & aquaeductu, ut bene Accursius sensit in *d.* §. 1. *L. via, de ser. rust. praed.* Ad navigandum lacus aquam & caussam perpetuam habet: quia non est periculum, ne exhauriatur, aut minuatur navigando lacus: cum navigatio de aqua nihil detrahat. At idem ad aquaeductum & aquae haustum aquam & caussam perpetuam non habet; quia hic contra evenit, ut aquaeductu, & longo ac diuturno aquae haustu lacus imminui, & tandem exsiccari possit.

XII. Congruit igitur per omnia veterum definitio, omnes servitutes praediorum perpetuas caussas habere debere: ut sit sententia, praeter praedia debere habere perpetuam eam rem omnem, cuius caussa servitus parata est: sive eius rei arcendae a nostro, sive eius in nostro habendae caussa servitus constituta erit. Quod aperte eo pertinet, sicut & priora duo, ut servitus haberi possit in perpetuo usu praedii: atque ita tribus istis coniunctis fiat maxime servitus rei propria, cum erit velut in eius rei & praedii potestate.

XIII. Notandum tamen hic nos usum perpetuum exigere, non qui sit perpetuus re ipsa, sed qui esse possit: nec qui esse possit quovis modo, etiam ex conventione, sed qui talis esse possit rerum, quae servituti caussam praebent, natura. Ut puta, aquaeductus recte ita constituitur, ut mihi liceat tantum aestate aquam ducere, vel liceat tantum certo mense: noctu tantum, vel interdiu. *L. si sic constituta, D. quem. servit. amit. L. 2. D. de aq. quot. & aest.* In quo apparet conventione hoc effici, ne perpetuo servitute uti possim. Sed nihil ad rem pertinet conventio, dum servitus conditione sua sit eiusmodi, ut secundum naturam rerum, a quibus est servitus, possit esse in perpetuo usu. Unde & perpetuas caussas servitutis, non perpetuum usum a veteribus exigi legimus.

XIV. Sunt ergo hae caussae tres servitutis praedii propriae; eaedem certis sententiis veterum & iuris civilis constitutae, ut de his dubitare non liceat. Ex quibus intelligimus, quod initio dixi, si quid hinc desit, ut maxime sit servitus constituta; tamen praedii servitutem non esse. Omnibus autem concurrentibus, tum vere servitutem praedii effici, quae quidem animo concipi possit, & si forte nondum habeatur. Ut tamen habeatur, etiam hoc restat, ut sit constituta & quaesita. Sed adhuc quid sit, & quae sit servitus praedii, quaerimus. Hac inventa, tum demum postea, quomodo constituatur, dicendum est. De quo in iure eius habendae & acquirendae dicetur. Hae caussae cum sint superiore definitione comprehensae, iam potest intelligi, & quibus ex principiis ducta sit, & quam vera ac recta definitio.

CAP.

C A P. IV.

De servitutibus urbanorum prædiorum. Quid referat eas distingui a servitutibus prædiorum rusticorum. Urbana prædia, quæ. Quæ servitutes dicantur esse horum prædiorum. Harum servitutum pro utilitate varia, quæ in his quæritur, genera summa esse tria. Aut enim parari ædium nostrarum dilatandarum caussa; aut utilitatum interiorum domus retinendarum; aut ædium in alienum exonerandarum gratia. Ac de primo genere: cuius hæ sunt species quatuor; ius Tigni immittendi, Proiiciendi, Protegendi, Oneris ferendi. Et quid horum unumquodque.

Transitio, & divisio. I.
Quotuplex divisionis usus. II.
Prædia urbana quæ sint; quæ & rustica. Et quomodo utraque exponit Neratius. III.
Quid sint urbanorum prædiorum servitutes. IV.
Tria earum genera, ut triplex finis, seu utilitas ex qua discernendæ; & quæ sint illa genera. V.
Prioris generis seu dilatandarum ædium caussa comparatæ servitutes quid. Quatuor earum species. VI.
Ius tigni immittendi, *quale sit.* Tigni *significatio quæ*; immittere *quid.* VII.
Item proiiciendi. *Quale hoc. Eius exempla.* VIII.
Item protegendi: *quid istud; & quæ huius a superiore differentia.* IX.
Item Ius oneris ferendi. *Quatenus conveniat, aut differat a iure tigni immittendi; qui illius effectus, & quæ isto nomine actio.* X.
Ius oneris ferendi quid præcipuum habeat præter morem cæterarum servitutum. XI.
Quare superiores species & prædiorum iura, & servitutes appellentur. XII.

I. Etsi autem ita est definitio servitutis prædiorum, ut dixi: nondum tamen inde satis liquido constitui potest, unaquaque specie servitutis proposita, sitne servitus prædii, necne. Id certius efficiet servitutum huius generis divisio: quæ nos tanquam in res ipsas præsentes deducere poterit. Quamquam & alias utilitates hæc divisio habet, quas mox subiiciam. Quare quod restat ad certitudinem huius partis, genera ipsa ac singulorum species cognoscendæ sunt. Genera sunt duo, tractata diversis titulis in Pandectis. Quædam sunt urbanorum prædiorum servitutes, quædam rusticorum, ac singulorum generum suæ species.

II. Divisio tres ad res utilis, vel potius necessaria. In quibus illud primum, quod supra posui, ut certo norimus, quæ sint, & quot sint servitutes prædiorum. Etsi enim, ut cœpi dicere, definitione servitutis cognita, & adiunctis iis, quæ sunt propria servitutis prædiorum, iudicari potest, quæ sit servitus huius generis: multa tamen adhuc & magna incertitudo hic relinquitur. Nam definitio ut generalis, obscurior esse solet sine exemplis. Ut autem exemplis tantum utamur, etsi multis: semper tamen multæ sunt species, de quibus dubitetur, an sint huius generis, & an recte ad eas accommodari possit definitio superior. Divisione autem proposita, primum singulæ species velut cominus & certo tanquam inspiciendæ proponentur, ut iam non possit dubitari, quin hæ, quæ designantur, sint prædii servitutes. Et præterea certum fit præter eas nullas alias requirendas esse, nisi similes. Deinde singulis propositis, agnoscitur uniuscuiusque [1] usus atque utilitas. Qua cognitione hoc assequemur, ut vel studeamus easdem servitutes & commoditates prædiis nostris comparare; vel si quando comparatas iam habebimus, sciamus

[1]) Qui diversus, in urbanis continuus, in rusticis fere interruptus. Rusticæ omnes consistunt in patiendo; Urbanæ etiam in non faciendo; ait Vult. *ad pr. I. h. t. n. 19.*

mus quid sit in his, ac quomodo pro natura servitutum conserventur & retineantur. Postremo necessaria est cognitio horum generum ad explicationem eius iuris, quod constitutum est de his tempore amittendis. Aliter enim prædiorum urbanorum servitutes non utendo amittuntur, aliter rusticorum. *L. hæc autem. D. de servit. urb. præd.*

III. Sed prima utilitas divisionis hæc, ut certum fiat, quæ sint omnino servitutes prædii, quod ad notionem huius generis etiam nunc quærimus. Redeo igitur ad divisionem. Prædia urbana in usu iuris sic accipiuntur, ut intelligantur [2] ædificia omnia, non solum quæ sunt in urbe, sed etiam quæ sunt ruri, etiam si non in vico, sed [3] in villa ædificata sint. *L. urbana prædia, D. de verbor. significat. §. prædiorum, Institut. de servit.* Ex quo per contrarium licet intelligere, rustica prædia dici loca omnia ædificiis vacua. Cuiusmodi sunt in urbe area, ruri ager. *L. fundi, D. de verb. signific.* Aliter Neratius rustica prædia usurpat in *L. 2. D. de servit. rustic.* qui quæ sunt ædificiorum servitutes, eas rusticorum prædiorum vocat, si ædificia sint ruri; ut altius tollendi & officiendi prætorio vicini; cloacæ habendæ per vicini domum; protegendi. Sed nihil hic contrarium priori sententiæ. Aliud est enim, si quis suo arbitratu loqui vult, & verba hæc usurpare: aliud, si quæritur, quomodo hæc accipiantur in usu iuris, & earum legum, quæ his verbis utuntur. Si quis ex suo arbitrio loqui vult, constat ei ratio, si ædes ruri positas vocet rusticas, eoque & prædia rustica. Sunt enim vere prædia; & quia ruri sunt, non male vocentur rustica. Quidni? Nam & ædificia, quæ sunt ruri, recte ædificia rustica nominantur. *d. L. fundi. de verb. significat.* Licuerit ergo Neratio ex hoc sensu & prædia rustica nominare, etsi sint ædificia. At si interpretari volemus in iure, cum appellantur ista in lege, quæ hic accipienda sint ex sententia legis prædia urbana, quæ rustica: redibimus ad superiorem significationem, eamque tenebimus, ut iuri de his constituto solam convenientem. Idque maxime intelligitur in servitutibus urbanorum, & rusticorum prædiorum, cum de earum libertatis usucapione ius constituitur; ubi eius iuris ratio plane ad ædificium, & id solum pertinet, ut cognoscere est ex *L. hæc autem. D. de servit. urban. præd.* De quo scripsi plura in libro de pignoribus in ea parte, in qua de invectis & illatis in prædia urbana agitur. *Cap.* 4.

IV. Urbanorum ergo prædiorum servitutes sunt, quæ ædificiis inhærent, ut est in *§. prædiorum, Inst. de servit.* Ædificiis sic accipe, non quæ debent servitutem, sed quibus debetur, & quorum gratia servitus constituta est. Illud enim generaliter tenendum est, quod diximus in divisione servitutis, in omni servitute & personæ, & prædii, cum alicuius esse dicitur,

2) *L. 1. Comm. præd.* Quod tamen Cæpolla *de Ser. urb C.* 21. *n.* 2. accipit de ædificiis, quæ habitandi caussa parantur, non quæ fructuum percipiendorum gratia, Vult. *in pr. l. h. t. n.* 14. *& seq. & l. Iurispr.* 63. *n.* 45. Prædia ICti non ex loco, sed usu æstimant. Urbana igitur quæ usui urbani, idest habitandi caussa exstructa, rustica quæ usui rustico, colligendis, asservandisque fructibus. Hot. *in §. 1. l. h. t.* statuit ædificia usum rusticum præbentia, rustica esse prædia, ubicunque sint, etsi in urbe, & ideo recte dici, quod stabula sine dubio non sint urbana *d. L.* 4. §. 1 *In quib. caus. pign.* Servitutum aliam esse rationem. Urbanas esse servitutes quæ quibuscunque ædificiis, quemconque usum præbentibus debentur. Ac vel abnormem esse Neratii opinionem, vel librarii peccatum *in L. 2. R. P.* Quem notat Alb. Gent. 4. *Lect. & Ep.* 4. volens alia atque alia ratione servitutem alio atque alio nomine censeri. Ex loco qui servitutem debet rusticam vocari posse, quæ eadem ex loco, cui debetur, urbana sit. Itemque ex se ipsa posse servitutem esse urbanam vel rusticam. Ex. gr. Iter mihi per tuas ædes in meum agrum constitutum. Hæc servitus ratione servientis prædii urbana *L. 14. comm. præd.* ratione dominantis rustica, itemque rustica ex se. Contra accidit converso hoc exemplo. Aquæductus per domum ratione domus urbana servitus *L. 11. §. 1. de Publ. in rem.* ex se rustica. Quare in *L. 2. R. P.* rusticæ dicuntur illic relatæ servitutes non ex loco serviente, sed cui servitur. Ita Gentilis. Sed immo in servitutibus habetur ratio eius cui debetur, indeque nomen sortiuntur *supra C. 1. initio*, *& Li. 9. C. ult. N.* 3. Et rusticæ servitutes possunt interdum fieri urbanæ, ut si mihi liceat per ædes tuas ad meas ire. *d. L.* 14. *L.* 20. §. 1. *V. P.* Si aquæ ductu per tuam domum in meam transducere, *d. L.* 11. §. 1. Omne enim id æstimandum ex prædio cui debetur. Hot. 8. *Obs.* 12. Vult. *in pr. l. h. t. n.* 18. qui tamen contra Hotomannum non contra urbana posse fieri rusticas. Sane in exemplis *d. L.* 2. evidens est utrinque esse ædificia, & quæ debent servitutem & quibus debetur. Nec igitur vel admissa illa Gentilis opinio difficultatem expedit.

3) Sed Gœd. *ad d. L.* 198. *n.* 1. *&* 2. verba *sed materia*, non interpretatur de materia ex qua, sed de qualitate, seu fine & usu, ut explicat *L. 16. C de præd. min. non al.* Quæ igitur urbanum usum præbent inhabitandi, recreandi, mercaturæ, &c. urbana, quæ rustico usui destinata ædificia, fructuum collectioni, agrorum culturæ, pecoris receptioni, rustica, in quo conf. Cæpolla & Vult. ut *Not. prac.* Bro. 1. *Ass.* 95. *&* Arumæ. *ex Inst.* 5. *Th.* 3 Scite M. Lycl. *Li.* 2. *Membr. Eclog.* 8. materiam exponit in *d. L.* 198. non ex qua ædificium compactum, quasi alia ligna & lapides sint exstruendis rusticis prædiis necessarii, sed materia, inquit, significat res quas continet prædium. Quæ si tales ut urbano more morentur & habitent, ut homines, urbana opera & opificia, merces, urbanum prædium; rusticum vero si res, quibus continendis paratum, promovendis rebus rusticis inserviant; Ut servi aratores, fruges, earumque collectores, instrumenta rei rusticæ. Omnia igitur urbana prædia sunt ædificia, sive in urbe sint, sive in agro. Non contra omnia omnino ædificia sunt prædia urbana (ut vult noster.) Neque id probat *d. L. 1. comm. præd.* aut ea Ulpiani mens, quod omnia & sola prædia urbana vocentur ædificia, sed hæc, quæ ædificia vocarentur urbana prædia, ob qualitatem scilicet suam ac res quas recipiunt, ea talia quoque esse etsi in villa sint. Quo facit verbum *possunt*, in *d. L.* 1. Possunt constitui servitutes, urbanæ scilicet, si ædificia quæ in villa, habeant usum urbanum. Alias erunt servitutes rusticæ *d. L. 2. R. P.* Ita Lyclama. Quæ valde placent.

citur, ſemper appellationem ex re eſſe, cui debetur ſervitus, non quæ debet ſervitutem. Unde perſonæ ſervitus, quæ debetur perſonæ; & prædii, quæ debetur prædio. *L. ſi quis unas*, 32. *D. de uſufr. L. unus*, *D. de ſer. urb. præd.*

V. Servitutes huius generis numero complures, nec minus re diſtinctæ inter ſe, ſed quibus ad ſuas cauſas revocatis, nihil negotii erit & genera earum certa, & in his ſingularum rationem atque uſum, atque etiam numerum certum animadvertere. Servitutis cauſa eſt utilitas, quæ ex ſervitute quæritur. Ut ergo utilitas has ſervitutes peperit; ita & diſtinguit. Utilitas autem, cuius cauſſa parantur hæ ſervitutes, genere triplex eſt. Ex quo ſervitutum urbanorum prædiorum genera tria, & ſingulorum ſpecies ad rationem generis accommodatæ. Quædam ſunt comparatæ dilatandarum ædium noſtrarum cauſſa ita, ut dilatatio provehatur in alienum. Quædam commoditatum interiorum domus vel habendarum, vel retinendarum cauſa adverſus vicinum, qui ſine ſervitute eas commoditates in ſuo impedire potuerit. Quædam ædium noſtrarum exonerandarum cauſa ita, ut onera reiiciantur in alienum.

VI. Dilatandarum ædium cauſſa comparatæ ſunt, quibus id agitur, ut tignum ex pariete noſtro emittatur ſupra alienum ſolum, aut locum; ut deinde emiſſo aliquid imponamus, ut ædificium, pergulam, deambulacrum, aut ex eo aliquid ſuſpendamus. Huius generis ſpecies ſunt quatuor, ius Tigni immittendi, Proiiciendi, Protegendi, Oneris ferendi. Ex quibus tres priores commemorantur in *L.* 1. & 2. *D. de ſervitut. urbanor. præd.* quarta in *L. er ſi*, *§. etiam*, *D. ſi ſervit. vindic.*

VII. Tigni immittendi ius eſt, quo id agitur, ut ex pariete noſtro liceat nobis tignum immittere in parietem vicini. *§. prædiorum*, *Inſtitut. de ſervit.* Recte ex noſtro pariete in alienum, ſeu ex noſtro ædificio in aliud. Nam ut liceat mihi ſupra parietem, aut ædificium vicini aliquid poſitum habere, quod meum maneat, neque a meo proficiſcatur, fruſtra cavetur, nec ſervitus eius rei cauſſa conſtitui poteſt. *L. hoc quod*, *D. de ſervit. urbanor. prædior.* Ut enim ſignificatur in dicta *L. hoc quod*, fruſtra tignum immiſſum habemus, ſi id noſtrum non eſt, ut eo uti poſſimus ad aliquid ei imponendum, & ædes noſtras hoc modo dilatandas. At ſupra id quod alieno parieti impoſitum eſt, ædificium ſuperius habere non poſſumus: quia quidquid ſupra alienum parietem ædificatur, parieti ac ſolo cedit, & proprium fit vicini, cuius eſt paries: *L. ſi ſupra*, *D. de acquir. rer. dom. L.* 2. *C. de rei vindic.* Tignum eſt materia omnis, ex qua ædificia ſiunt, ſive ſit lignum, ſive [4] lapides. *L. tigni*, *D. de verbor. ſignificat.* *§. cum in ſuo*, *Inſtitution. de ſervit.* Nec quiſquam hanc ſignificationem in lapidibus huic ſervituti non convenire exiſtimet. Res enim docet non minus lapides longos e pariete noſtro in vicinum parietem traiici poſſe, quam ligna & trabes. Sed & concamerationes ab uno pariete in alium quotidie fiunt, in quibus nihil ligno aut trabibus opus eſt. Immittere eſt, tignum e pariete noſtro ita emittere in alienum parietem aut locum, ut ibi requieſcat, *L. malum*, *§.* 1. *D. de verb. ſignificat.*

VIII. Proiiciendi ius, ſimiliter proiiciendi alicuius tigni ius intelligitur; ut ſit id, quo licet nobis ex noſtro aliquid proiicere in ædes vicini. *§. æque*, *Inſt. de ſervit.* Eſt autem proiicere tignum, emittere quidem e noſtro pariete itidem ut illud, quod immittitur; ſed ita emittere, ut provehatur tantum ſupra alienum, nuſquam in alieno [5] requieſcat, ſed tantum in pariete noſtro, unde exiit. Qualia ſunt mœniana & ſuggrundæ. *L. malum*, *§.* 1. *de verbor. ſignificat.*

IX. Protegendi ius eſt, ius protectum ſupra alienum ſolum habendi. *L.* 2. *D. de ſer. ruſt. præd.* Et ſemper a proiecto diſtinguitur in *d. L.* 1. *L.* 2. *de ſervit. urbanor. prædior.* Merito: Hoc enim inter proiectum & protectum intereſt, quod inter genus & ſpeciem. Nam proiectum eſt, quod emittitur extra parietem noſtrum, ut nuſquam alibi conquieſcat, ſive tegendi parietis cauſſa fiat, ſive ædificii alicuius ſupra id proiectum imponendi. Ut plurimum autem quod imponendi ædificii cauſſa ſubſtruitur, ut mœniana & ſuggrundæ. *d. L. malum*, *§.* 1. *de verbor. ſignificat.* Protectum autem proiecti ſpecies, cum tigna

4) Diſſ. poſt Zaſ. *in Par. V. P. n.* 15. Gœdd. *ad d. L.* 64. *n.* 3. putans in ſervitute hac tignum pro trabibus accipi per *L.* 8. *§.* 1. *Si ſer. vind. L. ult. §.* 2. *Quod vi aut clam.* Quæ quomodo hoc probent non video. Vid. de hac ſervitute Cæpolla *de Serv. urb. C.* 30. Coraſ. 3. *Miſc. ult.*

5) Ut non ſuſtineatur in alieno, ſed quaſi ſuſpenſum ædificio meo cohæreat. Gœdd. *ad d. L.* 24. *§.* 1. *n.* 1. Sic *in L.* 17. *pr. ſi ſerv. vin.* venter ille parietis dicitur proiectus, qui ita in alienum procumbit, ut in eo tamen nullibi conſidat. Male autem DD. & Cæpolla *de Serv. urb. C.* 32. hanc ſervitutem intelligunt quando ius eſt ex ædibus meis in alienas vel aream vicini aquam, fimum vel urinam abiicere, quos reprehendit Coraſ. 3. *Miſc. ult. n.* 8. & 9.

gna emittuntur e nostro in alienum, sed tegendi tantum caussa, ut compositio verbi satis indicat. Quomodo protectum a suggrunda distinguitur in edicto de his, qui deiecerunt vel effuderunt. *L. 5. §. prætor ait, ne. D. de his qui deiec. vel effuder.* Est igitur protegere, aut tectum ædium nostrarum extra parietem nostrum educere ita, ut provehatur in alienum: aut parieti nostro ita efficere tabulatum & tegumentum protuberans, ut similiter in alienum protendatur. Protecto utimur vel ad prohibendum nimium solem a luminibus nostris, vel ad arcendas iniurias imbrium & tempestatum a parietibus, ne corrumpantur. Ex quo intelligitur, quam recte sentiant, qui proiiciendi & protegendi servitutem irrisis cæteris contra sentientibus [6] unam & eamdem esse putant.

X. Oneris [7] ferendi servitus cum servitute tigni immittendi hoc prius commune habet, quod in hac quoque id agitur, ut nobis ius sit ex pariete nostro tignum immittere in parietem vicini, cuius immissi onus vicinus sustineat, unde & ferendi nomen. *§. prædiorum, Inst. de ser. d. L. etsi, §. etiam D. de servit. vindic.* Hoc distat, quod in hac servitute hoc amplius id agitur, ut paries vicini oneri ferendo perpetuo habeatur. Quo continetur, ut & vicinus ita eum habere, eoque etsi paries corruerit, aut ruinam minetur, restituere eum & reficere debeat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Quo nomine & cum eo confessoria actione de servitute, ut reficiat, agi posse placet. *d. L. etsi, §. etiam, si ser. vind. L. eum debere, D. de ser. urb. præd.*

XI. In quo observandum est, posteriorem hanc partem, ut vicinus cogatur parietem suum, qui sit oneri ferendo, receptam esse adversus naturam servitutum; quæ non ea est, ut quid in suo faciat quis, sed ut patiatur, aut non faciat aliquid. *L. quoties, 1. in fi. de servit.* Qua ratione & Gallo videbatur non posse ita servitus imponi, ut vicinus parietem reficere cogeretur, ut refertur in *d. L. etsi, §. etiam, si ser. vind.* Sed ibidem adiicitur prævaluisse Servii sententiam in proposita specie, ut possit quis defendere sibi ius esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Recte in hac specie, non alibi: quia ut dixi in definitione servitutis, & necessitas servitutis hanc refectionem domini postularet, & per consequentiam servitutis impositæ id caveretur, non principaliter: Non est novum, ut quædam principaliter fieri non possint, quæ cum rei principali recte constitutæ accesserint, consistant. Ut Romanis locus sacer & religiosus vendi non potuit. Si tamen fundus privatus principaliter venderetur, in quo esset aliquid sacri aut religiosi, placuit id emptioni maioris partis accedere. *L. in modicis, D. de contrah. empt.*

XII. Recte vero superiores species dicuntur prædiorum iura, & item servitutes. Iura quidem nobis sunt sine dubitatione, quia in his nobis ius est aliquid faciendi commodi nostri caussa. Et rursum servitutes, quia ita sunt iura, ut quod in his nobis licet, liceat non iure rei nostræ, sed iure servitutis a vicino debitæ, sine qua hæc nobis iura non essent. Meminisse enim debemus, quod aliquoties iam diximus, non licere nobis in alienum quidquam immittere, sive id in alieno solo aut ædificio requiescat sive supra alienum solum suspensum habeatur. Licetque vicinis nobiscum ita agere; nobis ius non esse ita immissum quid, aut suspensum habere. *L. sicut, §. Aristo, D. si servit. vindicet.* Unde illud; cum solum alienum est, etiam cœlum supra id solum liberum esse debere. *L. 1. D. de servit. urbano. prædior.* Quo iure posito, sequitur, ut si quis contra ius libertatis suæ cogatur ista pati in suo, huic sit imposita servitus. *L. quoties, 1. in fin. D. de servit.*

CAP.

6) Coras 3. *Misc. ult. n. 13.* Cæpolla *de Serv. urb. C. 32.* qui secernit eam quidem a Proiiciendi servitute, sed inde quia illam falso accipit de iure effundendi vel abiiciendi. Idem autem illi tribuit, quod noster servitutem Proiiciendi.

7) De qua Cæpolla *de Serv. urb. C. 37.* & quid differat a servitute tigni immittendi *Cap. 58.*

C A P. V.

De ſecundo & tertio genere ſervitutum prædiorum urbanorum, in quibus ſunt ſervitutes, illic, quæ commoditatum interiorum domus habendarum, retinendarumve; hic, quæ ædium exonerandarum cauſſa quæruntur. Secundi generis ſpecies eſſe has quatuor: Ius Luminum, Proſpectus, Altius tollendi ædes, Onerum ab ædibus avertendorum. Tertii ſpecies has tres: ius Cloacæ immittendæ, Fumi immittendi, Stillicidia & flumina noſtra in alienum avertendi. Et quæ ſit harum ſpecierum unaquæque, quidve ea contineatur.

Servitutes urbanorum prædiorum ſecundi generis quæ. Species earum quadruplex. I.

1. *Altius non tollendi, ne luminibus officiatur. Cur hæc una, non duplex.* II.

Hæc eadem & ſervitus luminum dicitur, ſeu lumina *aut* lumen *uno verbo: & quare.* III.

Expouitur L. luminum 4. D. de ſervit. præd. urban. IV.

Accurſii interpretatio illandata partim, partim improbata. V.

Duareni interpretatio laudatur; & modeſte refellitur. VI. VII. VIII.

Illuſtratur ſpecies. L. 40. D. de ſervit. præd. urban. IX.

Summa iuris de habendo in pariete noſtro lumine adverſus Duarenum expoſiti. X.

Concluſio. XI.

2. *Ne proſpectui noſtro officiatur. Quid hæc ſervitus vi & ſignificatione contineat; & quomodo conveniat, aut differat a ſuperiore.* XII.

3. *Altius tollendi. Paullo obſcurior ſervitus. Non una dubitandi ratio. Qualis illa ſit, explicatur diligentius.* XIII. XIV. XV.

Altius tollendi, & officiendi luminibus, vel areæ vicini una non duplex ſervitus. XVI.

4. *Stillicidii non avertendi in ædes noſtras. Et hæc aliquanto difficilis ſervitus; & quomodo ab Auctore explicatur.* XVII.

Servitutes urbanorum prædiorum tertii generis quid ſint: quatenus iura, aut ſervitutes utrique prædio comparatæ dicantur. XVIII.

Triplex harum ſpecies & quæ. Quid flumen, quid ſtillicidium. XIX.

I. SEcundi generis ſervitutes prædiorum urbanorum ſunt, quæ ſunt comparatæ commoditatum interiorum domus vel habendarum, vel ſi iam habentur retinendarum cauſſa adverſus eum, qui eas alioqui impedire potuerit. Cuiuſmodi commoditates ſunt, luminum, proſpectus, ædium altius tollendarum, avertendorum onerum libertatis noſtræ retinendæ cauſſa. Hinc huius generis ſpecies item quatuor: Altius non tollendi, ne officiatur luminibus ædium noſtrarum, quæ eadem eſt, ne luminibus officiatur, & quam eamdem eſſe puto, quæ dicitur ſervitus luminum; Proſpectus, ſeu ne proſpectui noſtro officiatur, Ius altius tollendi ædes, & officiendi luminibus vicini; Stillicidii non avertendi in noſtras ædes, ſeu ne ſtillicidium vicini recipere cogamur.

II. Prima ſpecies altius non tollendi, ſeu ne quid altius tollatur; quæ commemoratur in *L.* 2. & *L. ædificia, D. de ſervitut. urbanor. prædior.* Ea eſt, quæ ita imponitur, ne liceat vicino altius ædes ſuas, vel quam aliam ſtructuram tollere, ne luminibus noſtris officiat. Sic explicatur in §. *prædiorum*, in fin. *Inſt. de ſervit.* Itaque hic non ſunt duæ ſervitutes; una, ne vicinus altius quid tollat; altera ne luminibus noſtris officiat: ſed [1] una

1) Conſentit Cuiac. 17. *Obſerv.* 35. ut qui alterum obtinuit ne vicinus altius tollat & hoc adeptus videatur ne luminibus officiat ac contra, & Bronch. 2. *Aſſert.* 5. Contra, & ni fallor, verius, Hotom. 2. *Amicab.* 4. Ant. Fab. 19. *Coniect.* 15. quod multo plus inſit ſervituti ne luminibus officiatur, ubi quacunque ratione non liceet minuere lumina, quod & aliquando fieri poteſt deprimendo ædes *L.* 17. §. 2. *h. t.* (de quo Cuiac. 23. *Obſ.* 20.) Qui debet ſervitutem altius non tollendi, viridaria ſupra eam altitudinem habere poteſt *L.* 12. *h. t.* qui alteram debet, nequit *L.* 17. *h. t.* ; tametſi ad hoc reſp. Bron. *d. loc.* diſtinguat inter viridaria *d. L.* 12. id eſt loca herbis, ac plantis conſita, & arborum poſitionem *d. L.* 17.) Et facit vocula *maxima d. L.* 4. Nec ſequitur. Qui luminibus

una constans his partibus, ne quid vicinus altius tollat, ne luminibus nostris officiat. Et recte. Nam ut vicinus altius ædes suas non tollat nullius commodi nostri caussa, inutiliter caveatur, similiter ut si mihi cesserit ius sibi non esse per suum fundum ire, aut ibi consistere. *L. quoties*, 1. in princ. *D. de servit.* Ut autem nobis utile sit vicinum ædes suas altius non tollere, non ad aliam rem usui esse potest, quam ne luminibus nostris aut prospectui officiatur. Hæc eadem est servitus, quæ ex posteriore parte sola dicitur servitus, ne luminibus officiatur. Esse enim unam, quæ ita vocetur, constat. *L.* 4. *L. inter*, *L. si servitus*, *D. de ser. urban. præd.* Idque ipsum res per se indicat. Non enim quisquam luminibus nostris officere potest, nisi quid altius tollendo.

III. Hanc [2] eamdem esse puto, quæ dicitur servitus luminum, seu luminis, & uno verbo lumina, & lumen. Quod tamen an ita sit, quoniam dubium facit Paulus in *L.* 4. *D. de servit. urb. præd.* haud abs re erit de eo certius aliquid constituere, & ostendere in universum quid cuique in luminibus ædium suarum adversus vicinum liceat, quid non liceat. Non difficile vero est & ex usu veterum, & ex definitione harum rerum ab illis tradita intelligere, hanc illis unam & eamdem servitutem fuisse, ne luminibus nostris officiatur, & servitutem luminum. Tantum hoc interesse, quod illic plena oratione res exprimitur, hic uno verbo vocatur lumina seu lumen, ut intelligatur servitus, quæ est de luminibus nostris. Similiter ut illi servitutem ne prospectui officiatur, appellant uno verbo prospectum, quia est de prospectu. *d. L. inter*, *L. lumen*, *seq. de servitut. urban. præd.* Sic usus est Ulpiani in *d. L. inter*, ubi cum proposuisset differre has servitutes, ne luminibus officiatur, & ne prospectus offendatur; id sigillatim explicans, & singulas species appellans, quam prius dixerat, ne prospectus offendatur, vocat *prospectum*; & illam, ne luminibus officiatur, vocat similiter uno verbo *lumina*. Subiicit enim, in luminibus autem hoc observatur, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Nam quod adiicitur in Pandectis Florentinis, in luminibus autem non officere, pro in servitute luminibus non officiendi, aperte vitiosum est: cum ratio latini sermonis non patiatur, ut dicamus [3] in non officere, pro in non officiendo. Quamquam ne sic quidem satis exprimeretur hæc servitus. Pomponius in *L. si servitus*, *D. eod.* inter has cautiones; *Lumina quae nunc sunt, ut ita sint*; & *ne luminibus officiatur*, hoc solum interesse scribit, quod priore cavetur tantum de præsentibus luminibus, ne his officiatur: posteriore de luminibus præsentibus & futuris. Ambæ igitur in eo, ne luminibus officiatur. Nemo autem negaverit priorem illam, quæ aperte verbis lumina retinet, esse & debere appellari servitutem luminum. Paulus ipse in *d. L. lumen*, *eod.* lumen & prospectum ita distinguit, ut prius ab Ulpiano distinctæ erant hæ servitutes, ne luminibus nostris officiatur, &, ne prospectus offendatur: & lumini idem tribuit, quod tribuitur illi, ne luminibus officiatur; prospectui idem, quod illi ne prospectus offendatur. Eædem ergo sunt hæ servitutes, quibus re & iure idem tribuit. Sed & ex verbo prospectus facile potest intelligi, quid vocet lumen. Nam si prospectus est servitus, ne prospectui officiatur: analogia & comparatio duorum istorum inter se facit, ut lumen intelligi debeat servitus, ne lumini officiatur. Congruit eius ipsius definitio in eadem *L. lumen*. Ait enim lumen esse, ut cœlum videatur. Atqui ut cœlum sine interpellatione vicini videamus, aliter consequi non possumus, quam si vicinus luminibus nostris non officiat, id est, non impediat nobis lumen, quod ex cœlo venit.

IV. Sed adversatur; certe rem dubiam facit eiusdem Pauli locus in *L.* 4. *D. eod.* ibi definit primum, quid contineatur servitute luminum: deinde subiicit, per adversativam, quid contineatur servitute ne luminibus officiatur. *Cum autem ser-*

bus officere nequit, is nec altius tollere *d. L.* 4. quod per hoc obscurarentur lumina. Ergo & vicissim quia una prohibitio est generalis, altera specialis. Vid. Cor. *ad L.* 1. *de serv. n.* 27. & 9. *seqq.*

2) Ita & Bron. 2. *Ass.* 5. Andr. Gerhardi *ex Iust. Decade* 5. Q. 2. Diss. diversimode Cuiac. 1. *Obs.* 4. Hot. 2. *Amic.* 4. Rob. 4. *Sent.* 7. Qui luminum debet servitutem, inquit hic, tenetur ita excipere fenestram, aliamve aperturam lucis intromittendæ caussa, in pariete versus ædes fieri patiatur, e quibus cælum conspici, lux excipi possit *L.* 16. *h. t.* Qui vero servitutem debet ne luminibus officiatur, non cogitur pati immitti fenestram novam, aperturamve aliam fieri, sed ne quid faciat quo lumina iam immissa obscurentur *L.* 3. *L.* 15. *h. t.* Et ita plus tribuit servituti luminum, contra quam DD. vulgo & Cæpolla *de Serv. urb. C.* 35. *n.* 1. qui voluit luminum servitute imposita permitti altiorem exstructionem, per quam fenestræ plures ædificii dominantis obstruantur, modo una relinquatur, ex qua satis lucis ad necessitatem haberi possit. Quod reprobat Corasius alio modo hæc distinguens ad *L.* 1. *de serv. n.* 24. & *seq.* Diss. & A. Fab. 19. *Conject.* 15. *pag. m.* 55. Plenius de his servitutibus Cæpolla *d. C.* 35. & *seq.*

3) Sed phrasis non ita absurda, quæ vel per archaismum vel per levem ellipsin subauditam salvari potest. Similesque legendo passim occurrunt, immo duriores quædam, de quibus Briss. *in Parerg.*

servitus imponitur, inquit, *ne luminibus officiatur*. Quæ plane distinctio & adversativa declarat hic res diversas ab eo statui. Ego autem de sententia eius loci sic habendum puto. Concedo duo diversa a Paulo illic explicari: quod adversativa inter ea interveniente aliter fieri non potest. Sed verba ab illo & conceptiones diversas explicari aio; rem autem utrobique esse eamdem. Et hoc satis innuere in utraque conceptione Pauli definitiones: vel potius huc spectare, ut id declarent. Quæ si idem continent, non potest, quin probent rem eamdem utraque appellatione contineri. Et conceptio quidem eius servitutis, quam vocat luminum, proprie ea fuisse videtur, quæ proponitur in *L. si servitus. D. de servitut. urban. præd.* his verbis, lumina, quæ nunc sunt, quæve postea futura sunt, ut ita sint, itaque habeantur. Recte ex hac conceptione servitus luminum dicta, quia verbis ipsis servitus de luminibus habendis nominatim constituta est. Hanc autem conceptionem & servitutem constat verbis differre ab illa, ne luminibus officiatur. Quærebatur igitur, quid utraque ista servitute, id est, utraque ista servitutis conceptione & formula, contineretur. Id Paulus, ut dixi, explicat eo loco. Ait ergo, *luminum servitute constituta*, id est, ita constituta de luminibus habendis, ut supra diximus, *id acquisitum videri, ut vicinus lumina nostra excipiat*. His verbis significari dico hac servitute id acquisitum, ne vicinus lumina nostra impediat, seu ne luminibus nostris officiat. Ut enim dicitur vicinus stillicidium nostrum recipere, seu excipere in ædes suas, cum non avertit, nec impedit, quominus stillicidium in ædes eius recte cadat: *L. prædiorum. Institutionib. de servit. L. servitutes*, *§. si servitus*, & *§. ultim. D. de servitutib. urbanor. prædior.* ita eadem analogia recte dicitur vicinus excipere seu recipere lumina nostra, cum hæc admittit, cum in suo quoque consistere patitur; denique cum nihil facit in suo, quominus lumina nostra, *uti sunt*, *ita sint*. Quid autem illa servitute constituta, ne luminibus officiatur? *Hoc maxime adepti videmur*, inquit, *ne ius sit vicino invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina ædificiorum nostrorum*. Dixit maxime, quia hoc quidem acquisitum præcipue est, ne vicinus ædificando obscuret lumina ædium nostrarum: sed nihilominus & hoc generaliter continetur, ne quo alio opere suo id faciat. *L. inter*, *D. de servit. urban. prædior.* Atqui prior illa luminum idem continebat. Ex quo iam intelligi debet, & illa contineri idem, ne scilicet luminibus nostris eodem modo officiatur, & quæ verbis distinguebatur ab hac posteriore, re eamdem vim & significationem habere.

V. Qua sententia posita non laborabimus cum Accursio & cæteris hunc secutis, qui ex parte fatetur quod dixi, nempe utraque servitute contineri, ne luminibus officiatur: sed non admittunt eodem modo, ut differentiam quam inter istas servitutes statui putant, retineant. Hinc quomodo in eo differant, quærunt: quod ipsum neque explicant, neque expedire possunt, ut quidem efficiant aliquid, quod verbis Pauli conveniat.

VI. Duarenus [4] *Lib. 1. disp. cap. 33.* servitutem luminum, & definitionem superiorem Pauli de ea aliter accepit, & ita interpretatur, ut servitus luminum sit servitus luminum nostrorum in alienum immittendorum, qua scilicet efficiatur, ut liceat nobis, aperto pariete nostro, fenestras in eo positas habere luminis excipiendi caussa. Hanc ideo servitutem recte dici, quia putet nulli licere pariete suo aperto ita fenestras in eo habere, ex quibus in alienum prospiciat invito domino. Et hoc posterius probari recte putat in *L. eos*, *penult. D. de servit. urb. præd.* ubi negantur ii, qui ius immittendi luminis non habuerunt, pariete aperto ullo iure fenestras immittere. Consequens item esse illi sententiæ generali, qua placet ita licere cuique in re sua quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. *L. sicut*, *§. Aristo*, *D. si servit. vindic.* Hic enim immitti quid in alienum a nobis, nempe oculos, & iuxta sententiam Xenocratis nihil referre, oculosne, an pedes in alienum inferamus. Quod de iu-

4) *Et* Cuiac. *Obs.* 31. scribens hanc servitutem vocari fenestram, a Cain. 2. *Inst.* 1. §. 5. Sed verior opinio nostri, quæ & vulgaris, vid. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 62. *n.* 1. Gomez. *ad L. Tauri* 46. *n.* 7. (ubi hoc procedere putat etsi per tempus memoria hominum antiquius nulla ibi fuisset fenestra, modo vicinus non ante prohibuerit, & ex illa prohibitione 10. vel 20. anni præterierint. Tunc enim quæsita servitus fenestræ non patiendæ, qualis & constitui potest. Cæpolla *d. loc. n.* 2.) & probant Hot. 2. *Amic.* 31: ac Char. 1 *Verif.* 5. Certe, Harmenop. *Lib.* 2. *Promptuarii T.* 4. *p.* 131. *& seq.* curiosus ac invidos vocat, qui prohibere nituntur, ne vicino in ædes suas pateat aspectus. Nec enim legibus caveri, nec ex veterum ædificiorum ratione colligi, quod veteres hanc iniuriam putarint. Nec obstat locus Caii qui per fenestras significat servitutem luminum, cui coniunctum est ius fenestræ immittendæ & habendæ, sed ita ne vicino, ædificando aliave ratione eam obstruere liceat, nisi malis intelligere ius fenestræ parieti non meo, sed vicini aut utriusque communi immittendi, arg. *L.* 8. *C. de serv.* quomodo & servitutem luminum non improbabiliter accipit Henning. Wegner. *Disput. Inst.* 5. *in Auctuario*.

de iure si vere dicitur, nihil putem in verbis hac interpretatione dici posse convenientius, neque magis recipiendum. Paulus ait, *luminum servitute constituta, hoc acquisitum videri, ut vicinus lumina nostra excipiat*. Plane ergo ut nobis Ius sit lumina immittendi. Sunt enim relata inter se immittere lumina & excipere. Nos immittimus; vicinus excipit. Immittimus, ut ille excipiat: ille ideo excipit, quia immisimus. Paulus præterea servitutes has distinguit, luminum, & ne luminibus officiatur. Nihil potest ad hanc distinctionem retinendam superiore sententia reperiri aptius: ubi ex servitute luminum id agitur, ut fenestras in nostro habeamus ad lumen recipiendum; nulla necessitate vicino imposita in suo non ædificandi aut quid aliud non faciendi, ne luminibus nostris officiat: ex servitute autem ne luminibus officiatur utrumque hoc agitur, primum ut fenestras habeamus in nostro: deinde ut has ipsas ita habeamus, ut nec vicino quidquam liceat in suo facere, quo lumina nostra obscurentur. Convenientia ergo verbis omnia in hac interpretatione. Sed de iure videndum, rectene dicatur, neminem posse invito vicino fenestras apertas habere in suo pariete. Mihi sane non videtur. Quod cum in re ipsa, ac non ad significationem verborum tantum intersit, utrum dicamus, & res ad hunc locum, in quo de iure luminum nostrorum agitur, pertineat: faciendum fuit omnino hoc loco, ut de eo propter superiorem sententiam amplius cognosceremus; ut si tam vera est, quam probabilis, sequamur. Sin minus, ne temere ab ea dissensisse videamur.

VII. Ego autem dubitandum non puto, quin ius sit unicuique pariete suo aperto fenestras in eum immittere etiam invito vicino. Licet quidem vicino iure suo ex adverso tollere ædes suas, parietem, aut tabulatum, & quidvis erigere in suo, quo lumen & prospectum iis fenestris præcludat. *L. cum eo, D. de servit. urbano. prædior*. Sed non licet ei cum eo, qui fenestras in suo aperuit, ita agere, ius ei non esse ita fenestras habere; petere, ut fenestras suas occludat. Nec longe huius sententiæ probatio petenda est. In promptu est ex sententia superiore, qua placet posse unumquemque quidvis in suo facere, dum in alienum nihil immittat. *d. L. sicut*, *§. Aristo, si servit. vindic*. Qui in pariete suo fenestras aperit, is in suo opus facit, nec propterea quidquam immittit in alienum. Iure igitur suo id facit, nec quominus faciat, prohiberi potest ex superiore sententia. Nihil ad rem pertinet, quod fenestræ & prospectatio in alienum vicino sunt molestæ. Non enim hic spectamus, quid vicino molestum sit, vel incommodum, aut non sit; sed hoc solum an aliquid in alienum immittatur. Si nihil immittitur, licet in suo quidvis facere etiam cum incommodo vicinorum. Ut puta, licet in suo ædificare quam altissime, etiamsi in totum obscurentur vicini ædes. *d. L. cum eo, de ser. urb. præd.* Atenim qui fenestras aperit in suo, immittit aliquid in alienum. Immittit enim oculos. Sed figurate dicimur immittere oculos in alienum, cum in alienum prospicimus, ut & coniicere oculos in aliquem, cum in eum respicimus. Oculi positi pro aspectu, qui est ex oculis. Re autem vera nihil hic immittitur, ac nec 5 oculi quidem: cum qui respicit e suo, nihilominus semper oculos domi, atque adeo in capite suo retineat. Quod etsi natura satis intelligitur; tamen ne quid hic sit dubitationis de iure, quasi hic aspectus iure pro immissione haberi debeat, sumantur exempli loco publica loca, item sacra & religiosa. Certum est in ea nihil cuiquam immittere licere. *L.* 2. In pr. *§. locorum, D. ne quid in loc. pub. L.* 1. *D. ne quid in loc. sac*. Et tamen licet omnibus civibus fenestras habere apertas in publicum, in cœmeteria, & cætera loca religiosa, & sacra. Ergo qui respicit in hæc loca, non ideo intelligitur quidquam in ea immittere,

VIII. Non reiiclo sententiam Xenocratis, nihil interesse, utrum oculos, an pedes in alienum immittamus. Sed sensit Xenocrates de eo, quod honeste fit, non de eo, quod necesse est iure facere. Est enim superius illud dictum adversus curiosos, qui in res alienas, & nihil ad se pertinentes inquirunt curiosius contra officium humanitatis. Et in eam sententiam utitur superiore dicto Plutarchus in libr. περὶ πολυπραγμοσύνης. Atque ita res habet: honeste facimus atque humaniter, si in alienum non prospectemus, etiam ubi maxime liceat, ne vicinum offendamus, neve ei molesti simus. Sed si facere volumus ex

5) Idque eo magis quod visio non emissione radiorum, ut Plato *in Timae* Galen. *Lib.* 7. *de Plac. Phil. & Li.* 10. *de Usu Part.* Lactant. *Lib. de Opif. Dei* C. 8. Macrob. 7. *Saturnal.* 14. voluere, quorum opinio dudum explosa, sed receptione specierum fiat. Aristot. *Lib.* 2. *de Anima tex.* 67. & 74. & C. 12. *tex.* 121. & *Lib.* 3. C. 1. 2. 3. & *Lib. de Sensu & Sensili* C. 2. Zab. *Lib.* 2. *de Visu* C. 4. & *passim* Scal. *ex.* 325. *Sect.* 5. Fern. *Lib.* 6. *Physiol.* C. 10. Conimbric. *in* 2. *Arist. de Anima* Q. 5. Andr. Laur. *Lib.* 4. *Hist. Anatom.* C. 16. & *Lib.* 11. Q. 1.

ex nostro fenestris in nostro pariete apertis, nullum ius vetat, nec ulla alia prohibendi ratio est, quam ut vicinus opere facto in suo luminibus nostris obstet. Quid, quod fenestras in nostro ita apertas habere possumus, ut sint tantum luminis accipiendi caussa, ex his autem prospectare in alienum non possimus? Ut, si sint fenestræ editiores, ad quas sine scalis pervenire non potest: si sint occlusæ vitro spissiore, aut materia pellucida quidem, attamen aspectum non transmittente, ut papyro. Sed sive hæ fenestræ sint, sive eæ, ex quibus prospectus in alienum sit facilis & liber: semper verum est his in nostro pariete apertis non ideo quidquam in alienum immitti, atque hac ratione etiam in nostro iure positas haberi.

IX. Sed obiicitur *L. eos, pen. de ser. urb. præd.* quo loco præcipue motus est Duarenus, neque id improbabiliter. Illic ita scriptum est; *eos qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure fenestras immisisse respondi*. Quibus verbis aperte significatur eos, qui in pariete fenestras aperiunt, non statim habere ius immittendi luminis, & præterea non posse in eum parietem fenestras immittere. Sed observandum est locum scriptum esse de sociis, qui parietem communem aperuerunt, ut apparet ex illis verbis, aperto [6] pariete communi. Quod de iis sociis dicitur, qui ius aperiendi parietis communis, & luminis in eum immittendi non habent, id ad dominum totius parietis non pertinet. Certi iuris est socios non posse facere quidquam in re communi invitis cæteris, ac ne unoquidem invito, *L. Sabinus, D. com. divid. L. an unus, D. si ser. vind.* Usque adeo, ut parietem communem alterutri vicinorum demoliendi, & eum reficiendi ius non sit. *L. parietem, D. de ser. urb. præd.* Multo igitur minus parietis communis aperiendi ius erit, & in eo fenestras constituendi, ubi illo modo paries fit debilior ad onera ædium ferenda. At non addidit Paulus socios aliquos immisisse fenestras invitis aliis. Non addidit nominatim: sed satis indicavit, cum dixit eos immisisse fenestras, qui ius immittendi luminis non habuerunt. Quinam enim illi sunt in re communi? Non utique omnes, qui communi consensu parietem aperiunt, qui in solidum parietis domini non sunt. Alioqui nihil necesse erat de pariete communi aperto respondere; cum sufficeret de quovis privato generaliter ita definire, dominum in pariete suo immittendi luminis ius non habere invito vicino, & ideo qui ita ius luminis immittendi non habuit, nullo iure fenestras immittere. Sed ii in pariete communi hoc ius non habent, qui sine consensu cæterorum id faciunt, quia soli non sunt domini. *d. L. parietem, de ser. urb. præd. d. L. an unus, si ser. vind.* Id cum ita sit: non debet, ut dixi, quod de quibusdam sociis in re communi dicitur, id ad unum dominum, cuius solius est paries, transferri. Unus dominus si in suo pariete quidvis facere potest, atque adeo si potest totum demoliri: sine dubio multo magis in aliqua parte parietem aperire potest, & fenestras in eum immittere.

X. Summa igitur hæc erit de iure habendi luminis in nostris ædibus. Licet nobis & sine ulla servitute nobis a vicino concessa fenestras & lumina in nostro pariete aperta habere. Sed non licet ita habere, quin ex adverso ius sit vicino, qui aspectum in suas ædes metuat, obstruere luminibus nostris quovis ædificio aut opere iuxta parietem nostrum erecto. Quamobrem fenestrarum ita habendarum caussa servitutem ab illo impetrare non cogimur. At necesse est impetrare, ne luminibus nostris officiatur, si quidem lumina nostra sine periculo obstructionis eius ita haberi volumus. Unde nusquam legimus servitutem immittendi fenestras in parietem nostrum: at servitutem ne luminibus officiatur passim legimus. Certissimo argumento, fenestras iure nostro haberi in nostro posse: at ut lumina immissa ita sint, ut immisimus, iuris nostri non esse, nisi servitute luminum constituta.

XI. Hæc servitus quibuscumque verbis imponatur, genere ipso una & eadem est: sed conceptio verborum, quibus exprimi solet, triplex. Nam alias ita plene imponitur, ne ius sit vicino altius quid tollere, ne luminibus nostris officiatur, *§. prædiorum, Instit. de servit.* alias ita simpli-

6) Recte. Nisi in eo esset decisionis ratio, quorsum de pariete communi responderetur, quod obtineret in quovis. Sed Cuiac. 1. *Obs.* 31. *d. L.* 40. emendans, pro *communi* legendum vult *cæco*, quia & Harmenop. τυφλὸν τοῖχον vertat, & Virg. 5. *Aen.* parietes cæcos vocat, fenestris carentes. Largior hoc. Nam & noctem cæcam & cæcum morbum, cæcosque animi recessus legimus, Gocl. *Li.* 2. *Contr: Gram. Exerc.* 67. Num ideo usitatâ scriptura, nihil absurdi continens mutanda. Superfluum certe epitheton esset cæci. Et quid si paries non cæcus, sed aliquas fenestras habens, forte in publicum vel alterius aream tendentes, num ideo diversum obtinebit in eo, alia ex parte, qua prospici possit in vicini aream, aperiendo. Denique, ut Hot. 2. *Amic.* 31. Si paries plurium communis, certum est ab uno aperiri non posse *L.* 8. *§.* 16. *h. t.* magisque si totus alienus. Quod si totus meus, quid dubii quin aperire possim, quem totum iure possum evertere?

simpliciter præcipua parte expressa, ne luminibus officiatur. *L. inter*, *L. si servitus*, *D. de ser. urb. præd.* Interdum his verbis, lumina quæ nunc sunt, aut postea futura sunt, ut ita sint, ita habeantur. *d. L. si servitus*, *de servit. urb. præd.* quæ proprie dicta esse videtur a veteribus servitus luminum, quia ut dixi, de luminibus retinendis nominatim concepta est.

XII. Secunda species huius generis est, ne prospectui nostro officiatur. Quæ & uno 7 verbo dicitur prospectus. *L. 3. L. inter*, *L. lumen*, *seq. D. de servit. urb. præd.* Hac servitute continetur, ne quid vicinus faciat in suo, quominus liceat nobis ex iis locis, unde nobis prospectus est, quam longissime ac liberrime aspicere quaquaversum & superiora & inferiora. *L. inter*, *de ser. urb. præd.* Id enim prospicere significat. Sic dictum quasi procul & longe aspicere omnia, quæ aspectui subiici possunt. Ideo inter superiorem servitutem, ne luminibus officiatur, & prospectum hoc interest, quod duplo plus continet prospectus, quam lumen. Nam luminis servitute constituta hoc solum continetur, ut cœlum videre liceat, quia lumen tantum a cœlo est; unde nec ex inferiore loco esse potest. Prospectus est etiam ex inferioribus locis. Hoc in *L. lumen*, *de servit. urbanor. præd.* Sententia est; servitute luminis id agitur, ut superiora tantum videantur, a quibus & lumen. Prospectu; ut liceat aspicere & superiora & inferiora; illa ad lumen, hæc ad gratiorem prospectum & liberum. *d. L.*) *inter*, *de servit. urbanor. prædior.* Adversus quæ si facere nihil oportet, nempe hoc consequens est, eum qui servitutem debet, ne luminibus officiatur, quidvis ponere posse in suo e regione parietis & fenestrarum nostrarum, modo ne impediat, quominus lumen e cœlo ad nos veniat, seu dum ne lumina nostra obscuriora fiant. Qui autem debet servitutem ne prospectui officiat, huic non licere quidquam ne inferioribus quidem locis positum habere, quod impediat, ne liberum sit nobis ea aspicere, quæ eo opere non posito aspicere licuisset. *d. L. inter*, *de servit. urban. praed.* usque adeo, ut nec viridaria liceat vicino in suo habere, si prospectui obstatura sint. *L. ædificia*, *D. de servitut. urbanor. præd.* Utrique servituti cum altera hoc commune, quod etiam in servitute luminum, si est aliquid, quo lumina nostra impediantur, obscuriora fiant, placet id omne non minus hic inhiberi. *d. L. inter*, *D. eod.* Proinde non tantum si vicinus tollat ædes suas altius, sed etsi parietem, aut tabulatum, aut struem lignorum, vel molem lapidum opponat luminibus, atque adeo vel arborem. *L. si arborem*, *D. de servit. urb. praed.* Et hinc est, ut paulo ante dixi, quod Paulus in *d. L. 4. eod.* cum diceret servitute luminum imposita hoc adeptos nos videri, ne Ius sit vicino invitis nobis altius ædificare, atque ita imminuere lumina ædificiorum nostrorum; addidit maxime ita videri. Hoc enim voluit intelligi, maxime ædificium altius prohiberi, sed non solum. Nam prohiberi & cætera, quæ dixi, quæ valent ad luminis impedimentum.

XIII. Tertia species huius generis est ius altius tollendi & officiendi luminibus vicini. Commemoratur hæc species servitutis compluribus locis, ut dubitari non oporteat, quin veteribus vere hæc fuerit servitus. Extat in *L. 2. L. 1. D. de serv. urban. praed. L. 2. D. de servit. rust. praed. L. in tradendis*, *§. 1. D. comm. praed.* & *in §. aeque*, *Instit. de act.* Sed hoc attulit magnam difficultatem omnibus, quod hoc ius dicitur servitus. De quo etsi copiose scripsimus ad *d. §. aeque*, *de act.* tamen cum hic maxime cognoscendi locus sit, ubi de servitute ipsa ex professo, non ut illic præcipue de actione confessoria & negatoria agitur: non inutile duxi, huic loco satisfacientem, de eadem re, quod satis sit, etiam hoc loco scribere, non ut iisdem verbis eadem inculcemus odiose: sed ut aliis verbis, & alio ductu conemur, si quid adhuc in hac re obscuri relinquebatur, id, luce illata, clarius, & dilucidius facere.

XIV. Hinc ergo huius partis difficultas. Sane enim nobis ius est altius ædes nostras tollere, invito vicino, ac de eo nemo dubitat ex illa regula perpetua, licere unicuique in suo quidvis facere, dum in

7) Quam unam esse servitutem etiam Rob. 4. *Sent.* 7. *per L.* 12. *&* *L.* 15. *h. t.* & esse ius quo licet in patientia loca libere prospicere, ut servientis prædii domino non liceat quidquam agere quo id impediat. Diff. Cæpolla *de Serv. urb. Cap.* 33. *& seq.* Coras. *ad L.* 1. *de serv. n.* 37. *& seqq.* Interdum & prospectui officere non licet nulla constituta servitute, ut prospectui maris e domo intra 100. pedes, *Nov.* 63. Rob. *d. loc.* Recte vero Ioseph. Castalio. *Decade* 7. *Obs. in Criticos C.* 6. refellit eos (quid enim quidam comminisci non audent) qui apud Romanos luminum tantum caussa fenestras parietibus inditas fuisse censent, non in prospiciendi usum ex illo

Horatii 3. *Od.* 7.

. . . . *nec in vias*
sub cantu querula despice tibia &c.

aliisque pluribus locis.

in alienum nihil immittat. *d. L. sicut*, §. *Aristo. si servit. vindic.* Sed licet hoc nobis [8] iure rei nostræ, & iure publico. *d.* §. *Aristo*. & quidem ita, ut id ipsum liceat, quanvis offecturi simus luminibus vicini. *L. cum eo. D. de ser. urb. præd. L. altius. C. de servit.* Libertatis ergo iure, quo ædes nostræ ad eam rem liberæ sunt. Proinde non servitutis. Pugnant enim hæc inter se libertas, & servitus. Eiusque rei hæc argumenta sunt non dubia. Servitos est, cum aut non possumus aliquid facere in nostro, aut alium aliquid facientem pati cogimur secus quam iure publico cogebamur, neque aliter est natura servitutis. *L. quoties*, 1. in fin. *D. de servit.* At ius altius tollendi ædes ita est, ut nobis quidem ius sit, quibus maxime licet hoc in nostro facere: vicino autem eiusmodi, ut neque is propterea cogatur quidquam pati in suo a nobis, cum in eius solum aut ædes nihil immittamus; nec quid non facere, cum liberum sit ei nihilominus fenestras in suo aperire, ut libet. Quare nihil hic est servitutis. Licet & hoc modo idem colligere. Non est servitus imposita vicino, nisi cum ille ius suum deminuit, nostrum auxit. *L. de pupillo*, §. *& belle D. de op. nov. nunt.* At ut liceat nobis ædes nostras altius tollere invito vicino, neque is prohibere possit: in eo vicinus neque ius suum imminuit, cum iure publico nullum eiusmodi prohibendi ius prius habuerit: neque nostrum auxit, cum id non ab illo accipiamus, sed a iure publico. Nulla ergo in eo vicini servitus. Item, quod sit iure servitutis, tale est: ut facere non possimus, nisi vicinus eius rei servitutem admiserit, imposuerit. *d. E. sicut*, §. *Aristo. si ser. vind.* Possumus autem ædes nostras altius tollere invito vicino, quanvis servitute eius rei ab eo non impetrata. *d. L. cum eo, de ser. urb. præd. L. altius. C. de servit.* Non ergo ius altius tollendi ædes nostras ullo modo est servitus.

XV. Et ita res habet, ut hoc ius nonnunquam sit iuris publici & libertatis nostræ ius; interdum servitus. Cuius rei diiudicatio pendet ex eo, quid iure publico nobis liceat in nostro facere ædificando, aut non liceat. Nam si nulla lex nominatim vetat, ne ædificemus in nostro: sine dubio ædificandi ius publicum est; eoque non servitus, quam a vicino concedi oporteat, ex regula videlicet naturæ, qua licet in suo quidvis iure suo facere. Verum interdum iure publico prohibemur ædificare. Quandocumqoe & quacumque in specie id lege cavebitur: toties eveniet, ut si postea nobis licebit invito vicino ædes altius tollere, tum hoc ius sit servitus, quia nunquam licebit, nisi vicino concedente, ut se invito nobis ius sit ita ædificare. Duobus autem temporibus altius ædes nostras tollere iure publico prohibemur. Atque hinc servitus altius tollendi utrique tempori conveniens. Alias forma publica ædificiorum prohibet, alias areæ vicinæ usus ad terendum & ventilandum frumentum comparatæ. De iure ædificandi ex forma antiquorum ædificiorum ita definit Ulpianus in

8) Res hæc difficilis admodum expeditur, in qua multum variant, & se torquent interpretes. Sane absona est eorum acceptio, qui hac servitute id agi sentiunt, ut vicinus compellatur ædes suas altius tollere ne in meas pateat prospectus, & ut officiat ac obstruat lumina mea, quando id mihi expedit, & obscuritas magis quam lumen conducit, ut in tabernis mercatorum, vid. Zas. *in Para. V. P. n.* 6. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 26. Cumque validissime obsistat regula *L.* 15. §. 1. *de serv.* Resp. Zas. esse hos casus speciales, regulæ exemptos. Quod plane improbabile. Nostro fere consentiunt Duar. *ad L.* 1. *&* 2. *h. t.* Charond. 1. *Veris.* 15. Coras. 3. *Misc.* 24. ubi tamen taxat eos, qui hanc servitutem tunc admittunt, quando consuetudine vel statuto coarctata ædificandi libertas. Et ad formam ædificiorum lege publica præscripta hæc referens restringit id, nisi ea utilitatis publicæ gratia præscripta. Sed hanc solutionem plane reiicit Cisn. *in Interpr. L.* 15. *de op. no. nunc. pag.* 56. *& seqq.* (1) quia si lege vel consuetudine statutus modus ædificiorum, magis propter ornatum civitatis, quam singulorum commoditatem. Et ita ultra extollere non licet, nec ferente aut concedente vicino, nec servitus talis constitui potest in fraudem legum publicarum. (2) Si maxime ea consuetudo inducta in gratiam vicinorum, nec tunc tamen ius extollendi, neglecta ea forma, permissu vicini servitus erit, sed libertas, remissa servitute lege imposita, restituta, quomodo fere & Walther 1. *Misc.* 4. Vult autem Cisner. *d. l. p.* 49. *& seqq.* actionem negatoriam & confessoriam ex formula affirmativa vel negativa discerni debere. Ideo, in *d.* §. 2. *l. de act.* Confessoriam actionem esse si quis agat ius sibi esse altius tollendi, licet eo ipso non servitutem sibi, sed libertatem asserat ac vindicet. Sed sic non satisfit legibus Digestorum. Licet enim hæc iura vocentur *L.* 2. *h. t.* incommode tamen dicunt quidam non ideo esse servitutes, sed iura libertatis in prædiis. Nam & vocantur servitutes *L.* 1. *h. t. L.* 2. *R. P.* Alii tum his servitutibus locum dant, quando prius servitus non tollendi, &c. constituta, eaque deinde remissa, ac contraria servitus imposita. Vid. Cuiac. *in not. prior. & post. l. h. t.* Pac. 3. *Q.* 56. Vult. *ad pr. l. h. t. n.* 19. *&* 1. *Discept.* 5 ubi tamen inter servitutis prioris remissionem & contrariæ servitutis cessionem distinguit. Turamin. *Epist. acad.* 22. huiusmodi speciem ponit. Domus divisa inter duos: A. partis inferioris, & B. partis superioris dominum. B. altius tollere iure libertatis nequit; & quia non est dominus soli, & quia servitus oneris ferendi sic imponeretur A. Potest autem iure servitutis si illud A. ipsi pacto vel stipulatione cesserit. At ego talem speciem nec somniasse ICt. putaverim. Aliter Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 15. & aliter A. Fab. 19. *Coniect.* 15. qui servitutem hanc non acquiri nisi in consequentiam libertatis receptæ, nec recipi usucapione libertatem quin simul contraria servitus acquiratur. Quod valde ab omnium opinione abnorme est. Sicuti & id quod *eod. Cap.* vult, eum, qui iure libertatis altius tollit, non adstringi ad servandam ædificiorum formam, sed eum qui iure servitutis. Atque ita minus tribuit illi, quem cum libertate ædium recepta simul novam servitutem acquisivisse contendit, quam qui libertate quidem rei suæ fruitur, sine iure tamen servitutis in re aliena. Quid tandem intentatum innovandi licentia relinquet?

in *L. qui luminibus*, *D. de servit. urbanor.* prædior. *Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra eorum commodum volet, sciet se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere*. Qua ex definitione intelligimus, quod dicitur unicuique ius esse ædes suas, quæ non serviant, altius tollere invito vicino. *d. L. cum eo*. *d. L. altius*. ita temperandum esse, dum in eo nihil a nobis fiat contra formam & statum antiquorum ædificiorum. Ut ergo erit hic status; ita ius altius tollendi non erit, aut erit servitus. Ut plurimum fit, ut nulla certa forma & altitudo ædificiorum definita sit lege civitatis. Hoc statu urbis, licet cuivis civi quam altissime tollere ædes suas, etiamsi obscuret alienas. Non enim prohibetur forma antiqua ædificiorum, cum hæc forma nulla præstituta sit. Interdum contra, lege civitatis certa forma & altitudo præscripta est ædificiis, supra quam altius ædes tollere non liceat. Quod Romæ factum fuisse temporibus Augusti, & posteriorum Imperatorum ex historiis didicimus. Auctor Tacitus *libr. 15. Annal.* Argumenta huius status certa in *L. 1. C. de servit. L. 1. C. de ædific. privat.* ad quem statum allusit Ulpianus in *d. L. qui luminibus*. Et hunc ille vocat statum antiquorum ædificiorum, ut & Imperatores alibi formam veterem, ut in *L. 1. C. de servitutib.* alibi modum [9] usitatum altitudinis, ut in *d. L. 1. C. de ædific. priv.* quia iam olim ab Augusto ad ipsorum tempora certa forma constituta perseveraverat. Hoc statu constituto, supra eam altitudinem ædificare non licet invito vicino. At ab eo recte impetratur, ut nobis ius fit etiam supra eam altitudinem ædes nostras tollere. Quo concesso iam incipit ius altius tollendi nobis esse ius, vicino servitus. Recte servitus. Hic enim incipit vicinus pati aliquid in suo, quod prius non cogebatur pati iure publico. Atque hoc pati, servitus. *d. L. quoties*, in fi. *de servit.* Hoc primus procul sensit Ioan. Faber ad *§. æque. Inst. de act.* Non hæsitanter docuit Baro ad *eumdem §. & ad Tit. de servit.* sententia quam vera sit, ex iis quæ dixi, intelligi potest.

Et ad hunc quidem statum solum referri debet servitus altius tollendi, cuius mentio est in scriptis veterum. Nondum enim alia lex obstabat iuri ædificandi quid in suo. Post secutum est aliud tempus constitutione quadam Iustiniani, quo cœpit idem non licere. Is in *L. ult. §. ult. C. de servit.* vetat, ne quis ædificet in suo ex adverso eius areæ vicini, in qua frumentum teritur & ventilatur, si eo ædificio impediatur ventus ad purgationem frumenti necessarius. Bono publico ab eo constitutum propter necessarium frumenti usum inter homines. Post quam constitutionem cœpit existere tempus illud, cum in hac specie [10] ius altius tollendi esset servitus. Nam si dominus areæ nobis cesserit, ut nihilominus nobis ædificare ius esset: incipit hoc ius esse servitus. Nobis ius, qui tollere possumus: vicino servitus, qui cogitur pati adversus commodum suum, quod prius iure pati non cogebatur.

XVI. Notandum est, unam hic servitutem esse hanc, altius tollendi ædes nostras, & officiendi luminibus, vel areæ vicini, uti duo hæc coniunguntur in *L. 2. D. de ser. urb. præd.* non autem duas servitutes, ut quidam putant. Non enim in servitute exigitur hoc solum, ut ius nostrum augeatur altius tollendo, sed in primis etiam, ut vicini minuatur. *L. de pupillo*, *§. & belle*, *D. de op. no. nunt.* Id autem ita fiet in iure altius tollendi, si ita nobis liceat altius ædificare, ut simul vicino officiatur.

XVII. Quarta species huius generis secundi, ne ius sit vicino avertere stillicidium ædium suarum in nostras ædes, seu ne stillicidium eius recipere cogamur. Commemoratur in *d. L. 2. D. de ser. urb. præd.* & *§.* [11] *prædiorum*, *Instit. de servit.* Sed habet hæc species eamdem dubitationem, quam superior; ut nobis quidem ius sit non recipere stillicidia vicini, seu prohibere, ne ea in nostrum immittat: at non possit dici competere iure servitutis, quod nobis conceditur iure publico. Nemo enim quidquam immittere potest in meum me invito, & si quis immittit, prohibere possum iure rei meæ & publico. Iure ergo libertatis rei meæ, non

iure

9) De quo Briss. 1. *Antiq.* 1. Ræv. 3. *Coniect.* 12. P. Fab. *ad L. 61. de R. I.* ubi rationem huius reddit, ne disparitas vicinorum ædificiorum oculis intuentium ingrata sit; tum nere grandi altitudine liberior aer, solisque ac diei fulgor arceatur. Adde Lips. *Lib. 3. de Magnitud. Rom. C. 4.*

10) Vid. Hotom. 8 *Obs.* 20. Et in *d. §. ult.* speciem huius servitutis ponit Vital. 2. *Var. Lect.* 7. *n.* 6. An *d. L. ult. §. ult.* extendenda sit, &c. vid. Io. Vinc. Hondede. *Vol. 1. Cons.* 81. *n.* 20. *& seqq.*

11) Iuxta vulgarem lect. ubi *d. §. 2.* adiecta verba *vel non recipiat*, quæ uti in Hal. ita & in Goth. editione omissa. Sed omittenda non esse docet Rob. 2. *Rec. Lect.* 23. qui de hac servitute sic sentit. Si post constitutam stillicidii avertendi servitutem, ea simpliciter remissa: prædium libertati tantum redditur, nec qui dominus antea, nunc debitor novæ servitutis. Si vero ea remissa, simul mihi ius constitueris, quo te prohibeam ne, stillicidium immittas; servitus nova, cuius effectus ut actione te cogere possim, ut tectum tuum reficias ne stillicidium in prædium meum derivetur, arg. *L. 6. §. 2. ff. serv. vind.*

iure servitutis. *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si ser. vind.* In quo eadem argumenta sunt, quæ supra. Non est servitus, ubi quis in suo nihil cogitur a nobis pati, aut in suo non facere. *d. L. quoties*, in fin. *de servit.* At ne recipiam stillicidium vicini in meas ædes, nihil vicinus cogitur pati a nobis in suo, quoniam in eius locum nihil immittimus, sed ipse immittit. Non prohibetur etiam facere quid in suo, qui stillicidium in suo habere potest, & quidvis in suo facere eius stillicidii amovendi caussa. Nulla igitur hic vicino servitus. Item cum is in hac specie neque ius suum sibi imminuat, quod nullum fuit; neque meum augeat, quod aliunde habeo, quam ipsius opera: non potest hoc ius meum dici servitus. *d. L. de pupillo*, §. *&* *belle*, *de op. no. nunt.* Item, quod nobis licet iure servitutis, id non licet nisi a vicino imposita servitute. *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *si ser. vind.* At nihil hic necesse est nobis concedi a vicino, ne stillicidium eius recipere cogamur; quia a iure communi id habemus, ne cogamur, dum prohibere possumus, ne quid in nostrum immittat. *d.* §. *Aristo.* Quare ius hoc nostrum, ne stillicidia vicini cogamur recipere, servitutis ius non est, seu non est servitus. Dicendum hic idem, quod supra. Quandiu lege civitatis non est hic recessum a regula naturæ, & ea libertate rerum nostrarum, quam esse diximus, ne quis quid in nostrum immittat nobis invitis, idest, quandiu non est constitutum, ut vicini in civitate cogantur recipere stillicidia vicinorum suorum: tandiu nobis ius est stillicidia vicini in ædes nostras non admittere iure communi, eoque & nulla servitute a vicino constituta. Quo rerum statu non potest hoc ius dici aut esse servitus. Quod si constitutio ædificiorum civitatis ita erit; ut lege civitatis liceat unicuique stillicidia ædium suarum obversa habere in alienum: tum non licet nobis iure publico stillicidia vicini non recipere. Quo fit, ut hoc statu si velimus id licere, necesse sit a vicino impetrari. Quo concesso, tum ius stillicidii in ædes nostras non avertendi erit illi vere servitus; quia incipiat cogi pati id stillicidium, quod prius iure publico pati non cogebatur.

XVIII. Tertium genus servitutum urbanorum prædiorum diximus esse earum, quæ comparatæ sunt ædium nostrarum exonerandarum caussa. Huiusmodi onera in ædibus nostris fere tria: sordes & colluvies ædium: fumus qui emittitur ex fornace aut camino: stillicidia & flumina. Hæc si exonerare commode non possumus nisi in alienum, & vicinus nobis concesserit in suum exonerare, fiunt ea iura, quæ habent istarum rerum servitutes. Iura nobis, qui illa possumus, servitutes vicino, qui cogitur ista in suum immissa pati, cum iure publico non cogeretur. *d. L. quoties*, in fin. *de servit.*

XIX. Hinc totidem species servitutum huius generis: Ius cloacæ immittendæ; *L. ius cloacæ*, *D. de servit.* Ius [12] fumi immittendi *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *si serv. vind.* Ius stillicidii & fluminis immittendi, ut concipitur hæc servitus in *L. foramen*, in fin. *D. de ser. urb. præd.* vel ut alibi, ius avertendi stillicidia & flumina nostra in ædes aut aream vicini; seu ut vicinus stillicidium nostrum, aut flumen recipiat in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam. *L. 2. D. de servit. urb. præd.* §. *prædiorum*. *Instit. de servit.* Hæc eadem est, quæ dicitur stillicidiorum & fluminum servitus in *L. 1. D. de ser. urb. præd.* Stillicidium est aqua pluvia, quæ [13] stillatim & guttatim cadit. Flumen aqua pluvia, quæ in pluvia, quæ in unum collecta continue & maiore impetu fluit more fluminis. Quod fit, cum aqua e tecto colligitur per canales aut tubulos unum in locum. Auctor Varro *lib. 4. de ling. lat.* Quod & aperte significatur in *L. servitutes*, 20. §. *pen.* *D. de serv. urb. præd.*

12) Fumum immittere quando iure libertatis liceat, citra servitutem vero, Cæpolla *de Ser. urb. C.* 53.

13) Quasi casus stillæ ab alto; a stiria, id est gutta frigore concreta. Wes. *in Par. h. t. n.* 6. vid. de his servitutibus Coras. *ad L. 1. de serv. n.* 45. *&* *seqq.* Cæpolla *de serv. urb. Cap.* 28. *&* *seq.*

C A P. VI.

Servitutes quoque rusticorum prædiorum ut utilitate prædii dominantis æstimantur, ita eadem utilitate distingui. Hinc harum servitutum genera tria: ut quædam sint ad fundum nostrum accedendi caussa; quædam ex alieno ad nostrum quid sumendi: quædam exonerandi fundi nostri gratia. Primi generis species esse has quatuor; Iter, Actum, Viam, Aquæductum. Et quid harum unaquæque.

Praediorum rusticorum servitutes ex utilitate dominantis prædii æstimari, tria illarum genera; & quæ. I.
Comparatæ accedendi causa ad fundum nostrum, eæque certe bubitae praediorum rusticorum servitutes, quatuor. II.
Iter, *huius definitio explicata.* III. & seqq.
Ius eundi qui habet, potest & equo, & lectica vehi. IV.
Id facere, sive necessitatis, sive voluptatis causa. V.
Et si non agere iumentum. VI.
At equum manu ducere, aut ante se agere, ubi pedes ire malit; aut etiam famuli opera ad se in fundum deduci velle. VII.
Actus. *Quid sit: improbatur definitio in quammultis exemplaribus* Institutionum *descripta; & illa Ulpiani ex* L. 1. D. de servit. rustic. præd. *explicatur.* VIII. XIII. XIV.
An qui agit iumentum, vel ducit vehiculum, possit ire & sine iumento. IX.
Ut ut hoc liceat: quomodo id ex contrahentium sententia potius, quam ex vi verbi, & agendi *significatione inferatur.* X.
Contrariis occurritur. XI. XII.
Via. *Quid sit: quatenus differat ab actu; & quomodo sit propria, & plena definitio.* XV. XVI.
Aquæductus, *eiusque definitio.* XVII.

I. SErvitutes quoque prædiorum rusticorum ut utilitate prædii dominantis æstimantur, ita eadem utilitate distinguuntur. Tria sunt, quæ utilitas fundi nostri desiderat, quæ quidem sumantur extrinsecus. Primum ut aliunde ad fundum sit accessus; sine quo ne fundo quidem uti liceat. Deinde si quid intus ad cultum fundi pertinet, ut adhibeatur in fundum. Tum ut si quo onere intus premitur, quod necesse sit in alienum exonerari, ita eo exoneretur. Et totidem utilitatum consequendarum caussa servitutes nobis in alieno comparatæ. Unde harum servitutum genera tria. Quædam ad fundum nostrum accedendi caussa comparatæ sunt: Quædam ex alieno quid sumendi, quod deinde ad usum fundi nostri transferatur: Quædam exonerandi fundi gratia.

II. Accessus caussa sunt hæ quatuor, Iter, Actus, Via, Aquæductus. Nam & aquæductus nihil aliud est, quam iter aquæ, quam per alienum volumus ad nostrum pervenire. Sic appellatur in *L. Quintus, L. si mihi concesseris, D. de serv. rust. praed.* Commemorantur & definiuntur hæ species in *L. 1. de serv. rust. & Inst. de serv.* in pr. Suntque eæ, de quibus semper inter omnes constitit, has prædiorum rusticorum servitutes esse: cum de cæteris, quas in reliquis generibus subiiciemus, dubitarint veteres: etsi tandem obtinuerit, ut in rusticis servitutibus recte numerarentur, si minus ipso iure; at certe tuitione prætoris, ut declaratur *d. L. 1.* in fin. *de serv. rust. praed.* §. *inter, Inst. de serv.* Quod non alia ex re fieri putandum est, quam quod de quatuor illis superioribus nominatim comprehensum fuerit olim, aut lege duodecim tabularum, aut aliis legibus: cæteræ in lege non appellarentur.

III. Iter sic definitur, ius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi, vel vehiculum. *d. L. 1. de serv. rust. praed. Institut. de serv.* in princ.

IV. Ire est pedibus ad aliquem locum progredi. Sic tamen pedibus; ut nihil intersit ad eundum, suis pedibus quis in eo utatur, an alienis. Nam qui ab eunte gestatur, & ipse ire dicitur. Hinc factum, ut placeat non solum eum ire, qui eat pedes, sed & qui eques; item qui [1] sella & le-

1) Vid. Cæpolla *de Ser. rust. C. 1. n. 4. & 5.* ubi etiam rheda aut curru vehi licere per duos equos scribit. Quod *d. L. 7.* non probat, nec iuri convenit. Neque enim par ratio lecticæ, quæ a baiulis gestabatur, item sellæ gestatoriæ, ac rhedæ seu currus. Restringit hoc idem *n. 5.* ut equum vel rhedam illam aliis rebus onerare non liceat, &c.

& lectica vehitur: eique cui iter concessum sit, vectationem superiorem concessam videri. *d. L. qui sella*, in princ. *L. inter, de serv. rustic. praed.*

V. Ambulare prope idem, quod Ire. Ut apud Terentium quod dicitur in Phormione, *in ius ambula*, valet idem, quod nostri dicunt, i in ius; ex edicto, quo cautum ita est, in ius vocati ut eant. *Tit. D. in ius voc. ut eant.* ut videri possit verbum ambulandi in definitione otiose additum. Sed tamen nonnihil interest. Certe ambulare amplius quiddam exprimit. Nam si ambulare dictum est ab ambiendo; ambulare erit non tantum ire ad fundum, sed commeare ultro citro cum libet, id est, non tantum redire, sed & ire; nec tantum [2] necessitatis caussa id facere, sed & voluptatis & quoties visum est. Itaque hæc vis erit huius adiectionis, ut iter sit ius eundi ad fundum nostrum, & inde redeundi, ac toties id faciendi, quoties libet vel animi caussa.

VI. Homini seu hominis verbum (nam utrumque legitur, prius in Pandectis Florentinis in *d. L. 1. de serv. rust. praed.* Posterius fere in omnibus aliis exemplaribus, & maxime in *Institutionibus*) cur additum sit in definitione, sequentia declarant. Nempe ut intelligatur iter sic esse ius eundi, dum iter sit homini, seu hominis; id est, dum homo eat, non etiam iumentum agatur. Quid ergo, dicet aliquis, hoc quisquam metuere potuit, ne eundi verbo etiam ius agendi iumentum acciperemus, nisi hoc de homine nominatim adiiceretur in definitione? Omnino. Nam & pecora ire dicuntur:

Virgil. Ecloga I.

Ite meæ quondam, felix pecus, ite capellæ.

Eclog. VII.

Ite domum pasti, venit Hesperus, ite iuvenci.

Additum ergo homini, ad removendum iter animalium. At cur itineris verbo quod generale est, non continentur omnis itineris species, ac proinde animalium; cum placeat verbo generali omnes species eius generis contineri? *L. si servitus, D. de serv. urb. praed.* Quia iter animalium per se nullum est, ut quidem per unum & certum tantum locum eant, nisi agantur a ductore. At hoc cum fit, non iam iter est tantum, sed actus. Nunc autem in itinere iter nudum quærimus, quod non est in actu. Inde dictum, eum non posse iumentum ducere, qui iter tantum habeat. *d. L. qui sella*, in pr. *de serv. rust. praed.*

VII. Quid ergo, si dominus in itinere malens pedes ire descendat de equo, & equum [3] manu prehensum ducat, aut ante se agat; hoc illi facere non licebit? Immo vero licebit. Plus dico, etsi dominus sit in fundo, recte ad eum per famulum aut alium quemlibet deducetur equus in fundum, ut rediturus equum conscendat. Nec obstabit ei, quod dicitur in definitione, & *d. L. qui sella*. non licere ei, qui iter habet, iumentum agere vel ducere. Hoc enim sic accipiendum est, nisi iumentum ducatur equitandi caussa. Nam cum possit eques ire & redire. *d. L. inter, de servit. rust. praed.* Sine dubio & equitandi caussa ei equum ducere, aut ad eum duci permittendum est. Quidquid enim conceditur, hac conditione est, ut simul omnia concessa intelligantur, sine quibus concesso commode uti non possumus. *L. 3. §. 1. D. de serv. rust. praed. L. 2. D. de iurisdict.*

VIII. Actus est ius *agendi vel iumentum vel vehiculum*. Sic definitio est Ulpiani in *d. L. 1. de serv. rust. praed.* nec quidquam additur præterea. Hoc vero recte. Nam actus dictus est ab agendo. Non potest igitur actus esse, nisi ius agendi. Agere autem ad animalia & vehicula tantum pertinet, de quo mox. Male autem in maxima parte exemplarium *Institutionum* sic definitio relata est, ut actus sit, *ius eundi, ambulandi hominis', iumentum agendi vel vehiculum*. Non quia aliter legitur in *d. L. 1.* sed quia falsum est actum esse ius eundi ambulandi hominis, ut mox dicetur. Alioqui nihil intersit inter actum & viam: cum & viæ eadem definitio sit. Inter quæ tamen multum interest. Sed & hanc adiectionem

2) Cuiac. 22. *Obs.* 35. Potest ambulare, inquit, id est spatiari valetudinis caussa, & Baro *in pr. l. de serv.* qui hoc discrimen facit: Ire etiam equites sed transeundi caussa; ambulare solos pedites, sed non transeundi, verum sanitatis gratia. Contra Hotom. *ad pr. l. de ser.* significari commeationem ad res prædio necessarias, quia non est servitus prædialis spatiandi animi vel valetudinis caussa. *L. 8 de serv.* Recte: nam & spatiando hominis voluptas non prædii utilitas respicitur. Cæpolla *de Serv. rust. C. 1. n. 2.* ire scribit qui solus vadit, ambulare qui cum socio etiam currendo vel cantando. M. Lyclama *Lib. 3 Membra. Ecloga* 12. vocem ambulandi coniunctim intelligendam esse, nec abstrahendam ab itione: Ita ambulare dici aliquem ad discrimen vehiculorum, quæ dicuntur ire agi. *L. 9. de serv.*

3) Sed Hotom. *ad pr. l. de ser.* ad dextram aut lævam ducere ac ita iter ampliare non licere, sed ante se agere vel retroducere. Cæpolla *d. Cap. 1. n. 4. in fin* ne hoc quidem licere sentit.

Theophilus non agnovit. Tenebimus igitur definitionem, ut est Ulpiani in *d. L.* 1. & ut legitur iisdem verbis in plerisque exemplaribus *Institutionum*, ut sit actus ius agendi vel iumentum vel vehiculum. Agere est vi cogere rem aliquam, ut progrediatur. Quod fit in animalibus & vehiculis, cum adhibita opera ista promovemus, quæ alioqui aut non moverentur, aut non procederent. Ideo utrumque additum in definitione, *iumentum vehiculum*. Quamquam & dum his rebus inter agendum duces sumus, non minus recte eas ducere dicimur. *d. L. qui sella*, in pr. & §. 1. *L. inter*, *de serv. urb. praed.*

IX. Ergo qui agit, ducitve iumentum vel vehiculum, quia promovet, apparet etiam eum ire cum iumento & vehiculo. Neque enim aliter promoveat, seu cogat progredi, sed nec aliter se his progredientibus ducem & rectorem præbeat. Attamen non simpliciter ire, sed ire cum iumento & vehiculo. Inde quæsitum, an cui actus concessus est, possit etiam ire & sine iumento. Et placuit 4 posse. Idque adeo intulit Ulpianus ex definitione superiore in *d. L.* 1. *de serv. rust. praed.* Itaque inquit, *qui iter habet*, *actum non habet*, id est, non hoc ipso, quod iter habet. Nam aliter nihil vetat, quominus qui iter habet, huic etiam separatim actus sit concessus. *Qui autem actum habet*, inquit, *& iter habet etiam sine iumento*: id est, ut explicatius dicitur in *Inst. Tit. de servit.* in pr. & iter habet, eoque uti potest & sine iumento. Et de hoc iure minus quis dubitet fortasse.

X. At quod Ulpianus idipsum intulit ex definitione, videamus, ne non modo recte non fecerit, sed etiam ne contra definitionem. Apparet enim ex agendi verbo, quod supra exposuimus, actum non esse iter agentis, nisi cum iumento & vehiculo. Nunc autem huic contrarium est iter sine iumento. Et fatendum est ex verbi significatione non recte inferri, quasi iter sine iumento *agendi* verbo significetur. Plane enim non significatur. Sed hac significatione admissa, recte infertur ex re huic verbo & definitioni subiecta: quia in ea re hæc mens sit & sententia constituentium. Nam si placuit constituenti, ut quis posset ire cum iumento, idque verbum agendi significat; recte colligitur hanc quoque esse constituentis sententiam, ut liceat ire & sine iumento. Plus est enim multo ire cum iumento, quam sine iumento. Quare cui prius concessum est, ei multo magis intelligitur ex eo genere concessum posterius; iuxta regulam iuris, *non debet*, *cui quod plus est licet*, *quod minus est*, *non licere*. L. non debet cui. *D. de reg. iur.* Item cum duo coniunctim concessa sunt cum graviore incommodo prædii servientis, ei multo magis licent singula, quæ servitutis incommodum minuant. Licet enim prædii servientis conditionem leviorem facere. *L. servitutes*, *§. pen. D. de serv. urb. praed.*

XI. Atenim alibi traditur, actum posse esse sine itinere. *L.* 4. *§.* 1. *D. si serv. vind.* Quod significat eum qui actum habet, non semper iter habere. Non sunt hæc contraria. Quod enim dicitur, eum qui actum habet etiam iter habere & sine iumento, non sic accipiendum est, ut sit necesse ita esse; sed ut habeat, si actus tantum simpliciter datus sit, ac nihil aliud extrinsecus convenerit. Cæterum si nominatim hac lege actus datus erit, ne liceret ire nisi ad agendum iumentum, aut vehiculum; pactio servanda est. Contractus enim ex conventione legem accipiunt. *L. contractus*, *D. de reg. iur.* Idque etiam superioribus consequens est. Cum enim dixerimus hoc iter haberi ex coniectura voluntatis, non rei significatione, & actus natura; fit, ut si de contraria voluntate constabit, non possit haberi contra voluntatem. Et in re certa non est coniecturæ locus. *L. continuus*, in fin. in pr. *D. de verb. obl.* Quod si actu concesso, convenire potest, ne habeatur iter sine iumento; & conventio rata est ex edicto: apparet vere dici actum sine itinere haberi posse.

XII. At etiam alibi scriptum est, nunquam actum esse posse sine itinere. Ideo qui, *actu* legato, *iter* adimat, nihil adimere videri. *L.* 1. *D. de adim. legat.* Dictum hoc est de itinere ipsius actus, seu de eo itinere, quo utimur in actu ad agendum iumentum vehiculum. Absque eo agi non posse iumenta, aut vehiculum, ac proinde sine eo actum esse non posse natura, perspicuum est. Unde fit, ut qui

actu

4) Baro *in pr. I. de ser.* iter eum habere per consequentiam, ut tamen ire possit sine iumento, non etiam ambulare voluptatis gratia, ne nihil actus a via differat. Sed A. Fab. 1. *Coniect. ult.* expungit verba, *sine iumento* d. L. 1. dicens locos dissidentes *d. L.* 4. §. 1. *&* *d. L.* 1. *de ad. leg.* non rectius conciliari, quam ut Accurs. quod actus sine itinere esse nequeat, sine servitute itineris possit. Qui agit, eum, quando agit, ire oportet; non autem quando non agit. Neque aliud, ait, sine promissoris iniuria constitui potest, qui pro una, gemina non est onerandus servitute. Verum recte & expedite noster. Et refellitur Faber *ex L.* 58. *de V. O.* ad quam idonee non respondet. *L.* 9. §. *ult. de Novat. L.* 2. *Quem serv. am.* Aliter Lyclama 3. *Membr.* 12.

actu legato *iter* adimit, nihil adimat, non hoc iter, quod cum iumento coniunctum est, quia non potest adimi. Non illud, quod est sine iumento: quia prius id non legavit; nec videtur quidquam adimi, nisi quod prius est legatum. Hæc de verbo *agendi*: ex quo illud iter, quod adiungi diximus. Reliqua definitionis videamus.

XIII. Dicitur actus ius *agendi iumentum*. Quid cætera pecora? constat enim iumentorum appellatione non 5 omne pecus contineri. *L. aediles*, §. 1. *D. de aed. ed.* puta boves, multoque minus oves, capras, sues. Et cætera quoque animalia non minus recte agi dicuntur, unde & ad cætera quoque ius agendi pertinet, licetque intelligere ex eo quod placet actum esse, ubi armenta traiicere liceat, ut est in *d. L. inter, de serv. rust. praed.* Armenta autem non sunt iumenta. Argumento est, quod boves armentorum appellatione continentur, non iumentorum. *L. boves, D. de verb. sign.* De iumento igitur hic exempli caussa dictum est: similiter ut de saltibus in illa veterum definitione, æstivorum hybernorumque saltuum nos possessionem animo retinere. *L. 1. §. quod vulgo. D. unde vi.*

XIV. Dicitur actus, ius 6 *agendi vehiculum*. Non recte, dixerit aliquis. Agi enim proprie dicuntur, quæ sunt animantia. *L. ferri, D. de verb. signif.* Aut si quid generalius volumus, agi tantum dicuntur se moventia, quæ ante nos propellimus, & ut supra definivimus, quæ cogi possunt, ut progrediantur. Plaustrum autem & vehiculum res sunt inanimatæ; certe res se non moventes. Unde & plaustrum duci, & iumenta agi legimus in *L. qui sella*, §. 1. *L. inter, D. de ser. rust. praed.* Et non difficilis huius rei explicatio est. Vehiculum per se immobile est. Id si manu prehensum aliquo movebimus, ducere, non agere videbimur. Sed adiungamus iumenta, rem moventem effecerimus, eamque quam ante nos propellamus non minus, quam iumenta ipsa. Hoc modo & vehiculum recte agere dicemur.

XV. Via est ius eundi, & agendi, & ambulandi. Nam & iter, & actum in se via continet. Sic est definitio in *L. 1. de servit. rust. praed.* & *Institut. de ser.* in princ. Sed bis vitiosa videtur definitio. Primum quod in his ipsis, quæ exprimit, non est propria definiti; sed & in his alii generi convenit. Deinde quod non omnia complectitur, quæ sunt definiti: ut neutro modo id, quod definiti proprium est, exprimat. Primum definitio videtur etiam actui convenire. Nam & actus est ius eundi, ac non agendi tantum. Sic est fere definitio in *Instit. de servit.* in vulgaribus exemplaribus. Et ut nihil sit aliud: tamen actus vi ipsa etiam iter continet; si is qui actum habet, hoc ipso & iter habeat. Nos vero negabimus actum esse iter, eoque & ius eundi. Non est quidem actus sine itinere. Sed non ideo est iter; quia quod iter inest in actu, ideo inesse intelligitur semper, quia inest agendi iumenti vel vehiculi caussa. Cui contrarium est iter solum, quod est sine iumento aut vehiculo. Recte ergo definitur actus, ius agendi tantum in *d. L. 1. de ser. rust. praed.* Non recte in quibusdam exemplaribus *Institutionum* ius eundi & agendi, ut ante dixi. At enim qui habet actum, dicitur etiam iter habere. Sed non ideo actus iter in se continet, ut via dicitur, actum & iter in se continere. Esto enim, dicatur actus iter continere ideo, quia actu concesso, etiam concedatur iter; non tamen dici potest continere iter in sese, quoniam vi & natura sua non continet, ut partem totum: sed tantum concessio actus facit, ut eo concesso, etiam alterius rei concessio sequatur. Non sic via. Hæc ita iter & actum continet, ut contineat in se, & natura sua. Denique ita, ut sit etiam via & iter, & actus; proinde ius eundi, & agendi. Quod & recte sensit 7 Duarenus *Lib. 1. Disp. C. 31.* At quid interest, utrum

5) Ideo Hotom. *ad pr. l. h. t.* pro *iumentum* reponit *armentum*. (1) quia alias vocula *iumentum* redundaret, contenta verbo *vehiculum*, quod non est sine iumentis. (2) quia excluderentur oves, capræ, porci, &c. qui iumenta non sunt 3. *Sent.* Pauli 6. §. 79. Notatur ab A. Gentile 4. *Lect.* 4. (1) quia lectica genus vehiculi, iumentorum non exigens. (2) quia non ideo cui vehiculi ducendi ius, etiam iumentum sine eo agendi, nisi definitio exprimeret. (3) Oves & porci neque armenti nomine veniunt. Licet autem & illos agere arg. a maiori.

6) Recta hæc lectio *L. 7. L. 12. h. t.* maleque omnino Hotom. *in pr. l. de serv.* emendat *non etiam vehiculum*, permotus *L. 13. de ser.* qui ipse tamen *ibid.* & 2. *Obs.* 21. dissensum Iurisconsultorum agnoscit. Sed non obstat *d. L. 13.* vehiculum in actu ducere licet regulariter, *d. L. 7.* & 12. nisi locus angustior nominatus, *d. L. 13.* ubi conventione aliquid detrahitur. Et ideo in definitione actus disiunctionis vocula *vel*, vid. Charond. 1. *Verisim.* 5. Gov. 2. *Var. Lect.* 17. Vacon. 5. *Declar.* 69. *n.* 9.

7) Ita & Cor. *ad L. 1. de serv. n.* 99. in actu iter non inspecta prima caussa, sed accessorie & in consequentiam. In via actus & iter utrumque æque principaliter. Cuiac. 23. *Obs.* 35. via propalam & nominatim in se continet iter & actum, idemque prorsus viam est cedere iter & actum *L. 9.* vers. *sed si quidem si ser. vind. L. 2. Quem. ser. am.* (quod tamen non usquequaque admittendum) & in edicto de itinere actuque his verbis etiam via significatur. Actui non propalam & nominatim sed tacite & per consequentias iter inest. Viam habens potest vel iter vel actum separatim, vel utrumque coniunctim, vel uno verbo viam vin-

utrum dicatur via continere iter vi & natura sua, an vero sententia contrahentium, ut actus? Plurimum. Nam si contineat tantum sententia contrahentium, non natura sua; poterit recte convenire, ut qui viam habet, non habeat iter sine iumento, ut supra in actu conventione effici posse diximus. Nihil enim hic fit contra naturam rei, eoque nec contra ius. Ac proinde rata conventio ex edicto. *L. iurisgentium*, *§. ait*. *D. de pact.* quod si dederimus, id quod res est, viam natura sua continere ius eundi, frustra erit conventio, si convenerit, ut cui via concessa erit, ei non liceat ire sine iumento: quia conventio est contra naturam rei, de qua agitur: cuius generis conventiones omnes tanquam cum natura pugnantes, & contra ius de re quaque constitutum, nullius momenti habentur. *L. si tibi*, 17. in pr. *L. pen. D. de pact.* Recta igitur hac parte definitio, quæ hactenus viæ propria est, nec actui convenit.

XVI. Sed videtur in eo minus complecti, quam definitum exigit, quod placet eum, qui viam habet, trahendi quoque [8] tigna & lapides ius habere, item & rectam hastam ferendi, dum fructus non lædat: quanvis provehi soleat hasta a superiore parte extra spatium viæ. *L. qui sella*, *§. penult. D. de servit. rust. præd.* Hæc tamen non continentur verbis superioris definitionis, quoniam neque qui baiulat aliquid, neque qui trahit, dicitur agere: sed qui baiulat, ferre; *L. ferri*, *D. de verbor. signif.* qui trahit, aperte ante se non agit: agere autem est ante se promovere. Et dici potest Ulpianum in *d. L.* 1. *de servit. rust. praed.* posuisse in definitione viæ ea tantum, de quibus conveniebat inter omnes ea esse viæ, ideo nihil addidisse, quo significaretur de duobus illis posterioribus, quia de his dubitabatur. Sic enim de his refert Paulus in *d. L. qui sella*, *§. pen.* plerique (putant) & trahendi quoque & rectam hastam ferendi habere eos, qui viam habent. Sed postquam superior sententia comprobata est a Iustiniano in Pandectis, res eo redibit, ut nunc quidem non sit plena definitio. Quam tamen postea ipse relatam probavit in *Instit. Tit. de servit.* Quid ergo, si hoc ipsum fateamur non esse plenam definitionem: sed non ideo descriptionem reprehendendam, quia non fuerit propositum Ulpiano in *d. L.* 1. *de servit. rust. praed.* exactam definitionem viæ tradere, sed tantum id, unde differentia intelligeretur inter actum & viam? Multo minus hoc dicetur probabiliter. Nam institutum eius contrarium satis arguitur ex eo, quod priora duo iter & actum propriis inclusit definitionibus: aquæductum postea eodem modo; neque nunc nova ratione in describenda via est usus, quam in reliquis, sed eadem. Præterea in singulis his servitutibus dixit separatim quid esset unaquæque definientis more, non differentias proponentis. Ut non magis dubitari possit eum definitionem viæ tradere voluisse, quam constat voluisse eum in cæteris. Mihi quidem, si quid hic certi dicere volumus, & quod superiora complectatur, atque adeo quod verbo viæ conveniat, redeundum videtur ad coniecturam virorum doctorum, ut [9]

Con-

vindicare. Actum habens iter vindicare nequit. Bald. *Add.* 12. *tab.* 4. *n.* 5. Via continet iter & actum ex ipsa vi & proprietate verbi. Actus autem iter non nisi ex verisimili paciscentium voluntate, & Duar. *ad L.* 1. *h. t.* & Char. 1. *Verif.* 5. Sed Gœd *ad L.* 25. *de V. S. n.* 18. ut in actu iter, ita in via iter & actum inesse non ut partes, sed ut commoditates propter loci amplitudinem & usum. M. Lycl. 3. *Memb.* 12. Quatenus insunt iter & actus, ait, sunt partes inseparabiles, indivisæ, non servitutes, sed servitutem viæ una formant. Ire ambulare potest viam habens, iure viæ, non separatæ servitutis. Cæterum Florentinæ Pand. *in L.* 1. *h. tit.* pro *in se* habent *&* *se*, quam lectionem tuetur Rev. *ad LL.* 12. *tabb. C.* 14.

8) Et sic plus continet quam actus, atque in eo unum discrimen, (a) differt quod actus latitudo ab homine designatur, viæ autem certa est & lege determinata *L.* 8. *R. P.* Actus etiam esse potest si angustior locus, quam qua vehiculum duci possit, via nequit *L.* 13. *de ser.* Cuiac. 22. *Obs.* 35. Cæpolla *de Serv. rust C.* 3. *n.* 2. Cor. ad *L.* 1. *de serv. n.* 97. Nec recte Roo 4. *Sent.* 5. eadem omnino licere actum habenti quæ viam habenti, nec aliud esse discrimen, quam quod via significet rem certam & consistentem, actus factum incertum. Viæ certam esse latitudinem quam is cui debetur loco non nominato, in qua parte velit, eligere possit, civili tamen modo. Actu autem simpliciter promisso servitutem non consistere, quia nihil determinati in promissione, priusquam determinetur *L.* 13. *§.* 1. *hoc tit.* Quia vero actu promisso aliquando angustior locus constituitur, quam qui via promissa ipso iure debetur, inde fieri, ut interdum plus liceat habenti viam, quam actum. Nec melius A. Fab. 1. *Coniect.* 20. hoc unum plus esse in via quod etiam ambulare, id est solus ire possit qui viam habet, quod neque is actum habens, vid. supra *Not.* 4. Viam nihil aliud esse quam coniunctas servitutes itineris & actus, &c. qui tamen postea: Sublatis itinere & actu sublatam esse viam *L.* 13. *§.* 1. *de acceptil.* constitutis non constitui. Quæ firma non sunt. Iisdem enim rebus aliquid constituitur & dissolvitur, eadem sunt in interitu quæ in ortu. Cur vero hastam rectam ferre non liceat actum habenti, vid. *not.* Goth. *in d. L.* 7. *h. t.* Cuiac. 22. *Obs.* 35 putat *L.* 12. *tabb.* de non cædendis arboribus vetuisse forte & ne quis quatefaceret eas ac fructus decuteret, quod sic facile eveniet. Igitur putat supinam hastam demittere posse, sed non erigere.

9) Et Wes. *in Par. h. t. n.* 1. Goth *ad d. L.* 1. Aliter Hotom *in pr. l. de serv. &* 2. *Obs.* 21 voculam *eundi* retineas & pro *ambulandi* reponens *avehendi*. Sed lectionem receptam tuetur A. Gentil. 4. *Lect.* 4. dicens voculam *agendi* hic latius comprehendere quoque lapidis tractum & gestationem hastæ. Plus autem esse in verbo ambulandi, quod non distinguitur uno loco, cum quandam variandi potestatem significet. Sic enim ambulatoria voluntas. Et M. Lyclama 3. *Memb.* 12. verbum *vehendi* magis actui convenire, sed & itineri *L.* 7. *pr. h. t.* Viam a vehendo dictam, sed publicam aut aliam quæ non est servitus. Ius vehendi supra solum esse servitutem viæ in solo. Viam esse ius eundi scilicet, non hominis, sed vehiculi, & agendi vehiculum vel iumentum, quæ verba ex definitione actus coniungenda dicit. Ire agere proprium esse viæ *L.* 9. *si serv. vind.* agere ire actus, ire ambulare itineris.

Connani, qui putat pro eundi, legendum una literula adiecta vehundi. Et vero ita legi oportet; & ita oportere tria evincunt; etymologia verbi; ratio & analogia praecedentium definitionum; natura definitionis. Etymologia hanc scripturam suadet. Constat enim viam dici a vehendo. Auctor Varro *Lib.* 4. *de ling. lat.* Ratio praecedentium definitionum etiam exigit. Nam iter definitum est ius eundi; nempe quia dicitur ab eundo. Actus ius agendi, eadem ista de caussa, quia dicitur ab agendo. Par igitur, & prioribus omnino consequens, ut dicatur via ius vehundi, quia scilicet & haec dicitur a vehundo. Natura autem definitionis cogit ita definiri. Non est enim definitio, quae non continet omnia, quae sunt definiti. At si via nihil est, nisi ius eundi & agendi, non continebuntur hac definitione ius ferendae hastae, & aliquid trahendi. Quoniam quae ferimus & trahimus, agere non dicimur, ut ante ostendi. *d. L. ferri, de verb. sign.* Quae tamen via contineri placet. Dicamus igitur esse ius vehundi & agendi, & ambulandi. Tum ut caetera omnia, sic & superiora duo complecti. Vehi enim dicuntur omnia, quae traiiciuntur; sive ea ferimus, sive agimus ante nos, sive ducimus nobiscum, sive post nos trahimus.

XVII. Aquaeductus definitio patet, quae est in *d. L.* 1. *de serv. rust. praed* ut sit aquaeductus ius [10] aquam ducendi per fundum alienum.

10) de quo Bald. *ad pr. L. de ser. n.* 16. *& 12. seqq.* Conf. *ad L.* 1. *de Serv. n.* 120. *& seqq.* fusissime Cepolla *de Ser. rust. C.* 4.

C A P. VII.

Secundi generis servitutum rusticorum praediorum esse eas, quae praeter aditum, etiam ius ex alieno quid sumendi habent, quod ad usum praedii nostri solum conferatur. Quibus modis fiat, ut ita conferatur. Huius generis esse has species, Aquae haustum; Aquaeductum; ius Cretae eximendae; Calcis coquendae; Arenae fodiendae; Lapidis eximendi; Pedamenta sumendi; Pecoris pascendi; Pecoris ad aquam adpellendi; Tugurii habendi; Uvas premendi; Frumenta, ipsa caeteraque legumina exprimendi. Quid contineat harum unaquaeque, & quatenus fiat praedii servitus. Expositus, & suae integritati restitutus. §. *ultimus. L. Mela. D. de ali. leg.*

Servitutes, seu iura rusticorum praediorum secundi generis sunt, quae ex alieno quid sumendi ius habent ad fundi nostri usum. I.

Sumpta ex alieno ad usum praedii nostri conferuntur tribus modis; unde & tria genera servitutum. II.

Prioris generis servitutes usum illarum rerum praebent, quae ad opus & cultum fundi recta pertinent, & in eo insumuntur; & quae huiusmodi. III.

Secundi generis sunt comparatae ad usum pecorum, quae habentur fundi colendi, aut alendae familiae caussa. Hae eiusmodi. IV.

Ex posteriore genere illae, sine quibus aut pecora ipsa in praedio haberi nequeunt, aut quae ad exprimendorum, aut recte habendorum fructuum caussam pertinent. Et quae istae. V.

Emendatur & exponitur L. Mela §. ultimus D. de alim. legat. VI.

I. SEcundi generis servitutes rusticorum praediorum sunt eae, quae praeter aditum in alienum, etiam ius ex alieno quid sumendi habent, quod ad usum praedii nostri conferatur. Quaecumque erunt haec iura, eadem erunt & praedii servitutes, si quod sumitur ex alieno, ita transferatur ad usum praedii nostri, ut etiam in eo usu consumatur. *L. ergo*, in fin. *L. vel uti, seq. de servit. rust.* Illud tantum videndum erit, quae ad hunc usum conferantur: quod non uno modo contingit.

II. Et ex alieno sumptum ad usum atque utilitatem praedii nostri conferri intelligitur, sive sumptum transfertur in fundum, & illic consumitur; sive extra fundum confertur ad usum pecorum praedio nostro destinatorum; sive etiam extra fundum

dum confertur ad fructus prædii nostri exprimendos.

III. Quæ ex alieno sumpta transferuntur in fundum, & ibi ad opus & cultum fundi consumuntur, eorum sumendorum ius citra controversiam est servitus, ut ad prædii nostri utilitatem recta collatum. Huius generis servitutes hæ sunt; Aquæ [1] haustus; *L.* 1. in fin. *D. de serv. rust. præd.* §. *inter. Instit. de servit.* Aquæductus, quatenus ducitur ex fonte, qui in alieno est: Ius pedamenta ex alieno sumendi: *L.* 3. in princ. *eod.* Ius cretæ eximendæ, Calcis coquendæ, Arenæ fodiendæ, Lapidis [2] eximendi. *L.* 1. in fin. *L. ergo. L. veluti, seq.* §. *item longe. D. eod. d.* §. *inter. Institut. de servit.* Omnia tamen servitutes hac lege, dum ex regula quam supra posui, omnibus bis utamur solum ad prædii nostri utilitatem, in qua & consumantur, *d. L. ergo D. eod.* puta, aqua hausta aut ducta ad fundum irrigandum: pedamentis ad vineas; creta ad figulinas, & eas quidem, in quibus vasa fingantur soli prædio nostro necessarias; calce, arena, lapide ædificandi eius gratia, quod in fundo est, *d. L.* 3. *L. veluti, eod.*

IV. Sed & quæ ex alieno sumpta non redeunt quidem recta ad fundum, conferuntur tamen ad usum pecorum prædio nostro destinatorum, eamdem & ipsa utilitatem prædii nostri continere intelliguntur: utpote collata ad usum earum rerum, quarum utilitas ad prædium ipsum refertur. Hinc illæ servitutes eiusdem generis: ius [3] Pecoris pascendi; ius Pecoris ad aquam alienam appellendi, seu pecoris [4] ad aquam appulsus. *L.* 1. in fin. *L. pecoris.* 4. *D. eod.* Utrumque tamen ita, ut dixi, dum pecora prædii nostri caussa habeantur, & ut Papinianus loquitur in *d. L. pecoris*, dum *prædii fructus maxime in pecore consistat*; id est, dum pecus ad fructum prædii, seu ad fundum fructuosiorem reddendum comparatum sit; ut quæ conferuntur in pecora, eadem quoque videantur in fundum ipsum conferri. Id autem ita fit, si ut Ulpianus hoc explicat in *L.* 3. in pr. *D. eod.* pecora sint boves aut iumenta, per quæ fundus colitur, seu quæ habentur tantum fundi colendi caussa. Idem est, si sint oves, aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, aut caseum conficiendum comparatæ: sed quibus solum ad usum & victum familiæ rusticæ, per quam fundus colitur, utamur. Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non ultra constitui posse, quam quatenus utile est prædio, & quatenus ad id ipsum prædium opus est. *L. ergo*, in fin. *de serv. rust. præd.* Si inde quid venit, aut transfertur ad alios, quidquid sumere ex alieno licebit, ususfructus aut usus erit, non prædii servitus, *d. L. veluti, eod.*

V. Prioribus servitutibus istis duabus receptis consequens fuit, ut illa quoque admitteretur, ut si habeam in tuo pascui servitutem, aut pecoris appellendi, liceat mihi etiam tugurium ibi habere, quo me recipiam, si tempestas ingruerit, quæ & servitus recepta est. *d. L. veluti.* in fi. *eod.* Et recte. Sic enim fit, ut tugurii utilitas primo quidem pertineat ad pecora tuenda, quæ sine custode aut ductore recte haberi, aut custodiri, aut etiam agi non possunt. Ad summam autem referatur ad fundum, cuius caussa pecora habentur. Sed etsi quid in alieno facere nobis commodum sit, quod sumptum neque recta referatur ad fundum nostrum, neque obliqua via per pecora, quæ alieno pasta ad fundum nostrum postea redeunt: si tamen pertineat ad fructus nostros in alieno detegendos, exprimendosve, & in summa melius habendos, placet eius rei servitutem recte constitui, & servitutem prædii; quasi ad prædii utilitatem satis pertineat, quæ pertinet ad fructus recte & commode ad usum habendos: eum ipsum prædium fructuum caussa babeatur. Quamobrem & si quæ sint huiusmodi servitutes, recte ad hoc ipsum genus referentur. Sunt autem ex hac caussa hæ receptæ; ut mihi in tuo uvas vineæ meæ premere liceat: ut liceat area tua uti ad frumenta, pisa, cæteraque legumina exprimenda. Quæ servitutes commemorantur in *L. Mela.* §. *ult. D. de ali. leg.*

VI. Atque hæ sunt huius generis secundi prædiorum rusticorum servitutes. In quibus tamen in dubium revocantur hæ; aquæ haustus, pecoris ad aquam appul-

1) *L.* 5. §. 1. *hoc tit.* de qua Coras. *ad L.* 1. *de serv. n.* 126. *& seqq.* definiens: ius hauriendæ aquæ ex puteo vel fonte vici ad prædii mei commoditatem, uti & Schneid. *ad pr. I. de serv. C. de ser. rust. n.* 27. de qua & Cæpolla *de Serv. rust. C.* 7.

2) Quæ si ad utilitatem rustici prædii rusticæ servitutes: si ad urbani, urbanæ, vid. Cæpolla *de Ser. rust. C.* 10.

3) De quo & de pascuis, pluribus Coras. *d. lo. n.* 135. *& seqq.* Schneidvin. *d. loc. n.* 28. *& seqq.* Cæpolla *de Servit. rustic. C.* 9. Covar. 1. *Var. Resol.* 17. *n.* 11. *& pract.* QQ. *Cap.* 37.

4) De qua Coras. *dict. loc. n* 133. *& seq.* Cæpolla *de Servit. rust. Cap.* 8. ubi *n.* 2. tunc hanc servitutem prædialem esse quando pecora vel ad stercorandum agrum habentur, vel per ea colitur fundus, ut si boves ad arandum habeantur. Definit: ius appellendi pecoris per prædium vicini ad fontem seu puteum.

pulsus, ius premendi uvas in alieno, ius frumenta & legumina nostra in aliena area exprimendi. Nam hæc, ut est lectio vulgaris etiam in Pandectis Florentinis, dicuntur esse servitutes personæ in *d. L. Mela. §. ult. de al. leg.* Sic enim illic locus legitur: ***nam & haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae: tamen ei qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.*** Sed sententia isto contextu aperte vitiosa est; sed & ea, quæ ab eodem ipso loco aperte refellatur. Nam hæ servitutes certo iure sunt servitutes prædii, non personæ. *§. inter, Inst. de servit.* In primis autem sententia Ulpiani, qui non dubitanter in rusticis servitutibus ista computanda esse scribit in *L. 1. in fi. de serv. rust. praed.* Atqui idem ille est auctor *d. L. Mela.* Ut autem quis superiores servitutes de sententia Ulpiani servitutes personæ esse concesserit: tamen quod sequitur, falsum est, eas hoc casu inutiliter relinqui ei, qui vicinum prædium non possideat. Idque eodem auctore Ulpiano in eo ipso responso; ubi in extremo ait, aquam, de qua illic consulebatur, ideo fideicommissario quanvis non possessori vicinæ possessionis utiliter relinqui, quia p[illegible] [illegible]æ relinquebatur. Quid ergo est? [illegible] [illegible]e illic scripsit Ulpianus, & iis, quæ diximus, plane convenienter, dum vitium scripturæ observetur, quod intelligenti, & consideranti propius, non erit difficile animadvertere. Error obiicitur ex vitiosa interpunctione, & una itemque altera litera detracta. Quæ si recte reponuntur, locus integritati suæ restituetur, & sententia loci nihil alioqui cohærens habentis, simul & iuris ratio de superioribus servitutibus optime constabit. Sic ergo locus [5] legendus & interpungendus est: ***nam & haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus. Personæ tamen eius, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.*** Eius, non ei, ut conveniat relativum, quod sequitur, qui vicinus non est. Neque enim recte diceretur, personæ ei, qui vicinus non est: sed recte, personæ eius, qui vicinus non est. Hoc vero contextu habemus sententiam veram, & superioribus consentientem. At non eam, dixerit aliquis, quam certum sit Ulpianum ita posuisse, cum contextus vulgaris repugnet. Immo eam, quam non alibi tantum, sed eo ipso in loco constet esse Ulpiani. Illa enim verba, ***nam & haustus aquæ***, pro ratione subiecit, ut probaret, quod prius significaverat servitutem prædii non possessori vicinæ possessionis non recte relinqui. Quod ita recte probatur, si subiecerit eas servitutes, quæ sunt præ-

Tom. III. T dii

5) Aliter corrigit Coras. *ad Rubr. de serv. n. 32.* sic legens: *Nam etsi haustus, &c. est servitus personæ: tamen ei qui vicinus non est utiliter relinquitur*, ut sit sensus: Licet haustus, cum est servitus prædialis, requirat vicinitatem, non tamen cum personæ relictus, ut ita in vers. *nam &* non confirmetur, sed diluatur obiectio. Ibidem in fin. *d. §. ultim.* pro *aqua* reponit *aquæ* addens secum sentire, Longovall. *ad. L. 3. de iurisd.* Desperatus certe *d. §. ult.* morbus, ustione vel sectione lenius remedium recipere vix videtor. Quod si ea recipienda, præferrem aliam correctionem, quam aliquot ab hinc annis, ea ore viri Cl. Val. Guil. Forsterii percipere me meminit, ut legamus, *est servitus per se, non tamen ei qui vicinus non est inutiliter relinquitur.* Sic enim sensus multo aptior ac concinnior quam vel ex Coraßi vel ex nostri lectione. Hic nimirum. Si haustus aquæ, qui semper servitus & sui quidem natura prædialis, potest tamen personæ relinqui, ut fiat servitus personalis, quanto magis utile fideicommisso aquæ simpliciter relictæ, ubi nulla servitus, nec personalis constituta, (ut apparet ex verbis: *ut sit in fideicommisso quantæ qui aquam sibi esset comparaturus.*) sed relictum simile relicto alimentorum. Quid tamen si & hic ingenii vires periclitentur, num interpretatione aliqua non absurda effici possit, ut sua vulgatæ lectioni constet sententia. Constare vero videtur si dicamus in vers. *nam & haustus*, vel removeri tac[illegible] obiectionem, ab haustu aquæ petitam hoc modo: Li[illegible] haustus aquæ vicinitatem requirat, etiam cum personæ relictus: tamen eius diversa ratio, quia ille est servitus, si non rei, saltem personæ. Hic autem nulla servitus relicta. Vel (si cui hoc duriusculum videatur, fateor enim voculam *tamen*, non satis apte congruere.) Ulpianum ita obiectionem redarguere ut primum aliquid concedat, & quidem amplius largiatur, quam contradicentes ipsi intendant, postea ostendat id omne non recte applicari, seu proposito adversari. Sensus hic. Quasi dicat Iurisconsultus. Non ideo inutile relictum, quia servitus prædii vicinam possessionem exigit. Largior quidem hoc, immo plus sponte concedo haustum aquæ, qui maxime huic relicto affinis, etiam tunc cum personæ servitus est, id est, cum non in utilitatem prædii, sed domini, & quidem certæ personæ intuitu, constitutus, vicinitatem exigere. In eademque caussa esse ius uvas premendi, &c. Verum hæc nihil sententiam meam impediunt. *Hac enim aqua personæ relinquitur*, id est non servitus aliqua est aquæ haustus, sed debitum personale. Dices. Siccine vicinitatem prædiorum in servitutibus personalibus exigis? Resp. Exigo; sed non in usufructu ac usu, primariis speciebus, quæ & in re mobili & prædium non habenti constitui aptæ: verum in quibusdam quæ sui natura prædiales ex intentione constituentium personales fiunt, ut *C. seq.* Hoc probat mihi *L. 5. §. 1. h. t.* ubi primo generatim ius haustus pecoris dicitur in alieno esse non posse, & *in seqq.* tractatur, quatenus eiusmodi servitus (scilicet prædialis, quæ in specie sic vocatur, vid. *supra C.* 1 *Not.* 3.) valeat. Unde apparet priorem definitionem latius patere. Sed hæc declaranda ex *C. 2 supra h. Lib.* Vicinitas scilicet ea requiritur, quæ si absit usum servitutis impediret. Quomodo enim etsi virtus personalis sit, vel pecus meum aquam ex tuo fonte haurire, vel illud per tuum prædium ad fontem vel fluvium appellere, vel uvas, frumenta, legumina exprimenda areæ tuæ inferre potero, nisi iuxta *d. C. 2.* aut contiguum agro tuo prædium habuero, aut intermedia loca id non prohibeant. Quis etiam cretæ exemptæ, calcis coctæ, arenæ effossæ usus mihi erit, si ob eadem impedimenta, efferre vel evehere non licebit. Immo qui alias, vel exemptum, coctum, effossum ire potero? Nisi si quis dixerit servitute tali personæ constituta etiam aditum præstandum, arg. *L. 1. §. 1. Si ul. pet.* & eorum quæ *supra Not. 4. ad Lib. 10. Cap. 7.* Sed cogitet is quam non conveniens sit, illi cui levius forte ius concessum, accessionis vice tribui aliud eiusdem generis, pluris plerumque constitutum vel plus damni allatorum debitori servitutis, quam ipsa principalis servitus. Ususfructus diversa ratio qui omne emolumentum rei continet. Atque his sit asserta receptæ lectionis *d. L. 14. §. ult.* sententia. Quæ si non facient palato lectoris, studium tamen is animumque considerans, bonam horam non inaniter collocatam iudicabit.

dii, quæ tamen ei qui vicinus non eſt, inutiliter relinquantur. Quare omnino neceſſe eſt ita eum ſcripſiſſe, aquæ hauſtum, ut pecoris ad aquam appulſum eſſe ſervitutem, id eſt, ſervitutem prædii, ut ſervitutis verbum ſpecialiter paſſim uſurpatur. Ab eodem Ulpiano præſertim in *L.* 3. in pr. *L. ergo*, in fin. *D. de ſerv. ruſt. præd.* Atque hinc etiam aliud vitium in ipſa interpunctione eius loci obſervandum eſt. Legitur enim totus uno contextu. Quod non ita faciendum eſt. Alioqui rationes ſubiectæ duæ præcedentibus non cohærebunt. Quæ res totum locum prope in acceſſum reddidit. Illa verba, *nam & hauſtus aquæ*, & quæ ſequuntur uſque ad illa extrema, *hæc enim aqua*, legenda ſunt per parentheſim. Ratio autem poſterior, quæ hanc parentheſim excipit, ad principium reſponſi referenda eſt. Membra autem ita diſtincta habent hanc ſententiam. Subiicitur prior illa ratio recte per parentheſim. Subiicitur enim obiter non confirmandi propoſiti reſponſi cauſſa, ſed confirmandæ obiectionis, quam Ulpianus poſuerat, ne temere hanc ſibi oppoſuiſſe videretur. Dixerat enim prius; *nec videri inutile eſſe fideicommiſſum, quaſi ſervitute praedii non poſſeſſori vicinae poſſeſſionis relicta*. Subiicit. *Nam & hauſtus aquae*. Quod per inde eſt ac ſi diceret: Ne quis hanc obiectionem contemnat, quaſi non ſit neceſſe ſervitutem prædii poſſeſſori vicinæ poſſeſſionis relinqui. Sententia vera eſt relinqui ita debere. Nam, ut id obiter oſtendam, & hauſtus aquæ, ut pecoris ad aquam appulſus, cuius generis aqua nunc fere proponitur, eſt ſervitus, nempe prædii, ut eſt huius verbi proprie uſus. Tamen perſonæ eius, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur. Eademque cauſſa eſt cæterarum ſervitutum, quas ſubiicio. Atque hic finis parentheſis. Qua finita reſpondet ad obiectionem his verbis, *hæc enim aqua perſonæ relinquitur*. Referri ergo debet ratio, ad ſuperius reſponſum Ulpiani, quod parentheſim præceſſerat. Eſtque hic ſenſus: recte dicebam fideicommiſſum aquæ, quod nunc proponitur, non ideo videri inutile, quia ſervitus prædii ei qui vicinæ poſſeſſionis poſſeſſor non eſt, inutiliter relinquitur. Etſi enim hoc poſterius verum eſt, ut oſtendi, tamen ad hanc ſpeciem non pertinet. Hæc enim aqua perſonæ relinquitur. Non ergo prædio. Quod ſi non prædio, non eſt neceſſe ad hanc ſeu aquam ſeu aquæ ex ciſternis teſtatoris ſumendæ ſervitutem obtinendam, ut fideicommiſſarius prædium habeat. Proinde multo minus neceſſe, ut habeat vicinum. Quapropter nihil hic proponitur ex *d. L. Mela*, cur non aquæ hauſtus, & pecoris ad aquam appulſus, & cæteræ quas diximus, ſint ex ſententia veterum, atque adeo Ulpiani, prædii ſervitutes.

CAP.

C A P. VIII.

Tertii generis servirutum rusticorum prædiorum, in quo sunt eæ, quæ parantur fundi nostri exonerandi caussa, quæ species. Ex omnibus superioribus generibus quasdam servitutes esse promiscuas, ut quemadmodum possunt esse prædiorum rusticorum; sic possint esse & urbanorum, prout ad hæc, aut illa quæsitæ fuerint. Huiusmodi esse illas quatuor, Iter, Actum, Viam, Aquæductum. Omnia iura, quæ supra prædiorum esse diximus ram urbanorum, quam rusticorum, ita prædiorum esse, nisi id actum sit, ut personæ tantum tribuerentur. Id actum unde intelligatur.

Tertii generis servitutes rusticorum prædiorum exonerandi fundi causa comparantur; & quæ illæ. I.
Iter, Actus, Via, Aquæductus rusticis atque urbanis prædiis communes servitutes. II.
Omnes prædiorum servitutes sunt etiam personarum, si id actum sit, ut personæ tribuantur. III.
Actum id intelligitur aut ex verbis, aut ex genere personæ. IV.
Verbis: demonstrata persona, cui præstari velit testator; & illo nominatim adiecto, ut soli illi præstetur. V.
Ex genere personæ, si mentione facta sanguinis, aut necessitudinis, filio, aut amico præstetur. VI.

I. Exonerandi fundi nostri caussa servitutes, quod tertium genus servitutum prædiorum rusticorum posueramus, vere item prædii servitutes habentur; utpote hactenus ad certam prædii utilitatem comparatæ. Ex hoc genere sunt hæ servitutes; ut liceat aquam, quæ in fundo est, sulco aperto, educere in fundum vicini. *L. qui duo*, 29. *D. de servit. rust. præd.* Ut fructus fundi nostri in vicini villa cogantur, coactique habeantur. *L.* 3. in pr. *de servit. rust. præd.* Ut mihi, cuius lapidicinæ fundo vicini imminent, ius sit terram, rudus, saxa iacere ibique posita habere: &, ut lapides in vicinum fundum provolvantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur. *ead. L.* 3. in pr. Atqui nihil horum cum in alieno factum fuerit, ad prædii nostri utilitatem postea refertur. Sed ante necesse est in fundo nostro ista haberi, & partem fundi nostri occupare, nisi educantur. Quæ quo plura erunt in fundo, eo minus libere & commode fundo nostro utemur. Vel hoc ipsum igitur ex fundi utilitate, ut fundus his liberetur, quo futurum est, ut fundo liberiore uti liceat.

II. Unum ex his genus est commune tam prædiis urbanis, quam rusticis. Earum servitutum scilicet, quæ accessum habent ad nostrum; puta iter, actus, via, aquæductus. Hæc per alienum ut fundum, ita arcam nobis cedi possunt, non tantum ad fundum, sed & ad ædes nostras, ut servitus ædibus debeatur, sitque ea servitus urbani prædii. *L. servitutes*, §. 1. *D. de ser. urb. præd. L. iter*, *D. com. præd.*

III. Sed quod ad omnes servitutes prædiorum diligenter præcipiendum & tenendum sit; hoc loco monendi sumus, ita superiora iura esse prædiorum servitutes, nisi id actum sit, ut personæ tantum tribuerentur. Quod si actum erit, etiam si omnia natura rei ad servitutem prædii concurrant; personæ tamen servitutes erunt, non prædii: eoque ad alias personas non transibit servitus. *L.* 4. *D. de serv. rust. præd.*

IV. Personæ ius datum, partim intelligitur ex verbis ipsis constitutæ servitutis, partim ex genere personarum colligitur.

V. Intelligitur ex verbis, cum, ut loquitur Papinianus in *d. L.* 4. eod. *testator*, qui legavit servitutem, *personam demonstravit, cui servitutem præstari voluit. Cui voluit præstari* sic accipe, μόνῳ, cui voluit soli, nominatim hoc adiecto ut personæ demonstratæ solum vellet præstari. Non autem hanc significationem habet, ut si cui certæ personæ nomine suo demonstratæ, puta Titio, testator iter per fundum suum legaverit, ideo hæc non sit servitus prædii. Alioqui cum nomen fideicommissarii semper demonstrari oporteat: *L.* 4. *D. de reb. dub.* eveniet, ut servitute prædii utiliter legata, nunquam tamen sit servitus prædii, sed personæ, quia dicetur persona legatarii seu fideicommissarii esse demonstrata. Erit igitur perso-

næ servitus, cum testator ita legavit: Titio actum per fundum meum Tusculanum præstari volo, dum sciat soli sibi datum, non aliis. At hoc modo erit servitus prædii, cum simpliciter ita legat; Titio iter per fundum meum do lego, seu præstari volo, quamvis Titii nomen expresserit. Nam & pacta in personam esse dicuntur, cum paciscor, ne a Titio dumtaxat petam; in rem autem & generaliter ad omnes pertinentia, sive paciscor generaliter, ne petam; sive paciscor, ne a reo petam, nulla addita particula taxativa. Nam & hoc casu non minus heredibus cautum intelligitur, nisi aliud actum esse contra probetur. *L. iurisgentium*, *§. pactorum*. *L. nisi*, *D. de pact. L. si pactum*, *D. de prob.* Quod in leganda servitute multo magis intelligendum est; ubi legatarii nomen legati constituendi caussa necessario additur, non aliarum personarum excipiendarum gratia. Quod cum fit in pactis, constat ne tunc quidem pactum esse personale, *d. L. iurisgentium*, *§. pactorum*, in fin. *de pact.*

VI. Ex genere personarum ius personæ datum colligitur, cum pro affectu sanguinis, necessitudinis, amicitiæ, servitus alicui constituta est liberalitatis caussa. Quod fit, cum filio, cognato, amico sub hac ipsa coniunctionis & affectus demonstratione ius alicui datum est: veluti, cum pater filiæ iter per domos hereditarias præstari voluit. Quo casu idem Papinianus respondit iter ad heredem non transmitti, addita ratione, quæ ad omnem similem affectus caussam pertineat; ne, inquit, quod affectu filiæ datum est, hoc & ad exteros eius heredes transiisse videatur. *L. pen. D. de serv. leg.*

C A P. IX.

De acquirenda prædii servitute. Acquiri tunc, cum recte constituta est. Constitui Natura, aut Externo facto. Natura in una specie, & qua. Extra hanc non constituta externo facto servitute, res omnium dominorum esse liberas, ut & in his quidvis dominus facere possit invito vicino, etiam cum incommodo eius, dum in alienum nihil immittat: & neminem in suo quid facientem cogatur pati. Utrumque præter quam si quid iure publico excipiatur. Id quibus in caussis, & quam paucis fiat. Tunc privatim ista minui cum externo facto servitus erit constituta. Constitui hoc facto partim aliena constitutione, partim usu & possessione nostra. Constitui aut a iudice, aut a privatis. A iudice, ubi. In privatorum iusta constitutione tria spectari, Personam constituentis, Personam acquirentis, & Constituendi modum. Ac de personis tum constituentis, tum acquirentis,

Transitio, methodus, & propositum auctoris. I.

Non potest esse servitus, nisi prius constituatur; nec acquiri aut haberi, nisi constituta. II.

Constituitur servitus aut natura, aut facto. III.

Natura una servitutis species dumtaxat, & quæ. IV.

Res omnes natura liberæ. Duæ libertatis partes. V. VI.

Ut quidvis in re sua dominus facere possit, nisi quatenus vetet ius publicum. VII.

Ut nihil ab alio immissum factumve in suo, etiam a socio; nec quemvis ibi versantem cogatur pati. VIII. IX.

Facto constituitur servitus aut nostro, aut alieno. Quale utrumque. X.

Aliena servitutis constitutio est aut Iudicis, aut privati. XI.

Iudex servitutem constituit in tribus iudiciis: quæ illa: & quatenus, & quando constituat. XII.

Privati constitutio constat persona constituentis, & acquirentis, & constituendi modo. XIII.

Persona constituentis est prædii dominus, & quidem solus. XIV. XV.

Non in re communi socius. XVI.

Secus in usufructu; & Quare. XVII.

Nisi tamen rei communis constituatur servitus a dominis simul & eodem tempore; aut si diverso: ea tamen lege, ut posterius cedens perinde habeatur, ac si cum prio-

priore cesserit: quod quale sit, explicatur. XVIII.
Quid: quando duo separatim legant rei communis servitutem. XIX.
Quid: quando cessio aut non ab omnibus dominis facta, aut ab omnibus: sed non ita, ut perinde sit, ac si omnes eodem tempore cesserint: an sit utilis adversus eos qui cesserunt, & quatenus. XX.
Acquirentis servitutem eadem plane conditio idemque ius, quod constituentis.
Et hoc quale sit, exponitur. XXI. XXIV. XXV.
Contrariis occurritur. Et servitus constituta, aut quaesita sepulcro, & futuro aedificio defenditur: illa quo iure sit: haec quatenus constitui, & acquiri possit, explicatur. XXII. XXIII.
Acquirere & imponere servitutem possunt Emphyteuta & superficiarius, & quo iure. XXVI.
An idem duorum praediorum dominus possit uni ex duobus praediis imponere, & alteri acquirere servitutem; & quatenus. XXVII.

I. His de servitutibus praediorum cognitis, babemus, quod de re proposita initio constituendum fuit, non solum quid sit in universum servitus praedii: sed etiam cum ad species ventum est, quae sint species eius generis. Quorum prius definitione, posterius divisione servitutum huius generis effectum est. Quibus tamen rebus hoc usque adhuc assequimur tantum, ut norimus, quae res pro servitute praedii esse possint: at non illud etiam, servitutem esse natam, quam quaerimus. Deest hoc etiam nunc ad servitutem efficiendam, ut quae res iure pro servitute praedii esse potest, etiam recte ad eum usum constituatur. Quam ideo & quartam caussam servitutis huius generis supra posuimus tanquam servitutis efficientem. Et recte: nam caeterae res ante esse possunt, quam alteri acquirantur. Servitus praedii non prius, quam fuerit constituta, id est, uni praedio imposita, & alteri praedio quaesita, ut definitione complexi sumus. Superest igitur in his caussis, ut de hac constitutione cognoscamus. Quod extremo loco faciendum esse mihi ideo praescripsi, non solum quia haec constitutio servitutem perficit; sed etiam quia eadem opera docet, quomodo fiat, ut servitus ipsa nobis haberi incipiat, sive quomodo acquiratur.

II. Sit ergo hoc primum nobis positum, servitutem praedii non prius existere, & a nobis haberi, quam recte sit constituta. De constituendi ratione ita scriptum est in *L. via, D. de servit.* huius generis servitutes, ut viam, iter, actum, aquaeductum iisdem fere modis constitui, quibus & usumfructum constitui diximus. Recte fere. Non enim modi etiam generibus ipsis per omnia conveniunt. Quod si etiam singulorum generum partes spectabimus, tum vero multis modis harum servitutum constitutionem dittare reperiemus. Quamobrem de hac constitutione in hoc genere necessario separatim dicendum est.

III. Constituitur servitus praedii in alieno partim natura, partim externo facto.

IV. Quae natura constituatur, una [1] est. Ea est, quam inferior fundus semper debet superiori, ut natura profluentem aquam excipiat; statu fundorum ita natura comparato, ut hoc incommodum naturaliter patiatur inferior a superiore. Quam servitutem, ne inferior molestc ferat, sic res ad aequitatem eiusdem naturae revocatur, ut iubeatur inferior ager hoc incommodum compensare cum alio commodo. Nam & ad eum omnis pinguitudo terrae decurrit per aquam. Aequum igitur, ut & aquae incommodum ad eum defluat. Haec ad istam sententiam Ulpianus in *L. 1. §. pen. & ult. D. de aq. plu. arc.*

V. Extra hanc servitutem nulla res servit natura: ut si qua servitutem debet, necesse sit externo aliquo facto servitutem esse constitutam. Id ita plane intelligetur, si ante omnia statuerimus, quod res est, & multis argumentis rerum huc spectantibus comprobatur sub titulis huius argumenti; omnes res privatas, cum a superiore servitute aquae profluentis discesseris, natura ac iure publico dominis suis esse liberas. Quod licet cernere in singulis partibus huius libertatis.

VI. Consistit enim haec libertas duabus in rebus, ut initio diximus in definitione servitutis: Una, ut liceat domino quidvis facere in re sua, dum in alienum nihil immittat. Altera, ut nihil ab alio immissum in suum aut proiectum, neminem in suo consistentem, aut versantem cogatur pati, sed possit iure prohibere. VII.

1) De qua P. Greg. 4. *Synt.* 17. Sed Duar. *de Op. nov. nunc. C.* 3. *f.* 585. *& ad L.* 5. §. 9. *eod. tit.* hanc servitutem non esse huius loci, nec de ea ICtos tractasse, dum materiam servitutum exposuerunt, sed de imposita.

VII. Prius certum est, unumquemque posse in suo quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si serv. vind.* Idque usque adeo concessum est, ut liceat etiam cum incommodo vicinorum, puta ædificare, quanvis officiamus eo facto luminibus vicini: nedum ea re prohibeamur, quia offecturi simus eius prospectui, aut soli libero, vel vento ad perflatiles ædes efficiendas accommodato. *L. cum eo*, *D. de servit. urb. præd. L. altius*, *C. de servit.* Aperire puteum in nostro, quanvis [2] venas putei vicini præcidamus. *L. Proculus*, *D. de damn. inf.* Quæ tamen potestas in ædificiis interdum iure publico pro utilitate publica temperatur. Quod duabus in caussis receptum est, ut supra docui in servitute altius tollendi. Nonnunquam enim lege civitatis certus modus altitudinis statuitur ædificiis. Ac supra hunc iure publico ædificare non licet invitis vicinis, alioqui intra eum modum semper liberum. *L. qui luminibus*, *L. cum eo*, *D. de serv. urb. præd.* Constitutione autem Iustiniani perpetua & omnium locorum communi non licet in suo ædificare ex adverso areæ vicini, si area [3] ad terendum & ventilandum frumentum comparata sit, & ædificio ventus auferatur ad eam purgationem necessarius. *L. ult.* §. *ult. C. de servit.*

VIII. Posterius item non minus certum, nulli licere quidquam in alienum immittere; nulli in alieno versari. Quidquid horum in alieno contra fiat, dominum non cogi pati, sed iure suo posse prohibere. Ac de immissione ius late patet, nulli ut liceat ex suo quidquam in alienum emissum habere: non tignum immissum, non proiectum: atque adeo non immittere aquam, non fumum camino, aut tubulis in alienum apertis. *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *si servit. vind.* Plus dicimus: etsi paries meus sit in meo, si tamen ita ventrem faciat, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumbat: placet vicinum non cogi id ita prolectum pati, & posse eum mecum ita agere, ius non esse parietem ita proiectum in suum esse invito se. *L. si quando*, in pr. *D. si serv. vind.* Ad hanc ipsam partem libertatis rei nostræ referri debet, quod sub *Tit. de servitutib.* toties legimus de iure socii in re communi: socium videlicet in re communi nihil posse facere invito socio: si faciat, socio prohibendi ius esse. *L. in re communi*, *D. de servit. urb. præd. L. an unus. D. si ser. vind.* Non parietem communem demoliri, non reficere, *L. parietem*, *de servit. urban.* non aperire luminis immittendi caussa: *L. eos. eod.* non iuxta parietem communem quidquam habere, sive cohæreat, sive admoto, paries corrumpatur, ut sunt exempla in *L. quidam*, *tota. L. fistulam. tota. eod.* Quæ ideo prohibentur, quia qui ista in re communi facit, non solus dominus est. Hæc enim ratio redditur in *d. L. parietem. eod.* Qua non aliud significatur, quam fieri ista etiam in alieno, ibique immissa aut posita haberi; quod neminem in suo pati debere supra diximus, idque ius esse libertatis rei nostræ in re quaque. Itaque si quis roget, quid pertineat ad hunc tractatum de servitutibus, quærere de iure sociorum in re communi, quod potius ad obligationem & iudicium communi dividundo referri debeat, ut & hoc tractatum est in *L. Sabinus*, *D. com. divid.* in promptu est ex iis, quæ modo dixi, quid respondeamus. Nempe huc pertinere, ut statuatur ea libertas, quam cuique esse diximus in re sua, ne quid ab alio immissum, proiectum, factum in suo pati cogatur. Nam si ne uni quidem ex sociis, cuius pro parte res est, facere quidquam licet in re communi invito socio, & socio ut in re sua prohibendi ius est: facile hinc intelligitur, multo minus in re penitus aliena quidquam facere licere, multoque minus eum, qui solus dominus sit, id pati cogendum. Hinc fieri, quod posuimus, ut ab hac necessitate ista patiendi res nostræ omnes, etiam quæ pro parte nostræ sint, sint liberæ. Qua tamen in parte similiter ut in superiore, aliquando imminuitur hæc libertas iure publico utilitatis publicæ caussa. Quod fit in stillicidiis ædium. Interdum enim lex & status publicus ædificiorum ita est, ut liceat cuique civi stillicidia ædium suarum in alienum obversa habere, quæ & vicini mutuo recipere cogantur. De quo dixi in servitute stillicidii non recipiendi.

IX. Atque ut in alieno ædificare quid, aut moliri, aut positum habere non licet invito domino: sic ne illud quidem, invito eo in alieno versari, aut consistere.

Quo

2) Modo tamen id principaliter faciat ad commodum suum, nec ad æmulationem vicini, & tantum ut illi noceat *L.* 1 §. 12. *de aq. Pl. arc L.* 3. *de op. pub.* Gomez. in *L. Tauri* 46. *n.* 8. adde *N.* 2. *ad Lib.* 9. *C.* 9.

3) Etsi non constituta fuerit servitus non arcendi ventum ab area, ut Hugolinus contra Ioan. & Azonem, ref. Hotom. 8. *Obs.* 20. *in fin.*

Quo rursum referri debet illud, quod est in *L. Divus*, *D. de ser. rust. præd.* non esse æquum in alienis prædiis invitis dominis venari aut aucupari. Quo maxime superior libertas ab usu rei nostræ prohibendi omnes confirmatur. Nam si quidquam in alieno agro licere debuit invitis dominis: id erat aucupari, aut feras bestias in eo venari: quippe quæ iure gentium fiant occupantis, quisquis eas cœperit, & quidem ita, ut nihil intersit, in suo quis cœperit, an in alieno. *L.* 3. *D. de acquir. rer. dom.* Quare si ne hoc quidem nomine ius est in alieno versari invitis dominis: perspicuum fit multo minus alia de caussa licere in alieno consistere, aut versari. Quorsum ergo hæc omnia hoc loco de iure domini in re sua, vel ut quidvis facere possit in suo, vel ut ne quid ab alio immissum, factum in suo, neve quem ibi versantem pati cogatur? ut intelligamus, quod dixi, una illa excepta superiore servitute aquæ ex superiore fundo profluentis recipiendæ, cæteris partibus omnes res natura dominis suis a superioribus oneribus aliorum esse liberas. At quorsum hic de libertate rerum, ubi institutus est sermo de servitutibus, & his constituendis? Plane ad rem, de qua quæritur. Nam si omnis res nostra libera est natura, cum ut possumus in re quidvis facere, tum ne in ea alium facientem pati cogamur: relinquitur, ut res nostra aliis serviat, vel ut aliena nobis, non fieri nisi externo aliquo facto constituta servitute. Idque est, quod supra posuimus, una tantum in specie aquæ profluentis ex alieno recipiendæ inferius prædium, & id quidem rusticum superiori rustico servire: cæteris omnibus aliis in rebus servitutem aliunde comparatam esse oportere.

X. Sed ut non nisi externo facto constituitur servitus: ita hoc modo constitui certum est. Constituitur autem hoc modo partim alieno facto, partim nostro. Alieno, dum alius pro iure suo constituit. Nostro, dum usu & possessione nostra nobis acquirimus, uno verbo usucapimus. Neque quisquam in hac usucapione constituendi verbum repudiet. Etsi enim non constituitur proprie, quæ a nobis usucapitur: tamen usu quæsita, iure pro imposita & constituta habetur. *L.* 1. in fin. *D. de aq. plu. arc. L. hoc iure*, *§. ductus*, *D. de aq. quot. & æst.*

XI. Aliena constitutio servitutis ita est, ut is, qui servitutem constituit. Duo sunt, qui servitutis alii constituendæ ius habent, privatus dominus prædii, & interdum iudex.

XII. Iudicis constitutio in hoc genere expeditior est. Ideo prius de ea dicemus. Potest iudex servitutem constituere solum in iudiciis divisoriis, familiæ ercifcundæ, & communi dividundo: cum scilicet in dividendis pluribus prædiis unum uni adiudicat, alterum alteri. Tunc enim si in his prædiis aliquod servitutem ab altero desiderare videbitur ad commoditatem divisionis; veluti ut per unum ire agere liceat ad alterum; ut ab uno liceat quid immittere in aliud; ut ne per unum alterius luminibus officiatur: potest iudex unum alteri servum facere, id est, unum ita adiudicare, ut alteri prædio, quod adiudicatur alteri, illam aut illam servitutem debeat, uti res postulare videbitur. Et notandum, id tum iudicem facere posse, cum utrumque prædium adiudicat. Quod si unum prædium uni pure & simpliciter adiudicaverit, aliud postea adiudicando amplius servitutem imponere non potest. Hæc summa huius constitutionis, quam cognoscere licet ex *L. item Labeo*, *§.* 1. *D. fam. erc. L. ut fundus*, *D. com. divid.*

XIII. Privati constitutio tribus rebus constat; persona constituentis; persona acquirentis; & constituendi modo. Sic enim hæc constitutio servitutis prædii rata est, si constituta sit servitus a quo oportet, cui oportet, & quomodo oportet.

XIV. In persona constituentis hoc quæritur, ut is servitutem constituat, & imponat prædio, qui prædium habet, ut est in *L.* 1. *D. commun. præd. §. ideo*, *Inst. de servit.* id est, ut qui constituit, sit [4] prædii dominus. Hoc enim est, quod aliis verbis traditur a veteribus, neminem alieno prædio, seu ædibus, seu fundo imponere posse servitutem. *L. si quis duas*, 5. in fin. pr. *L. si cum duas*, 8. *com. præd.* Ex quo est, quod placet monumento servitutem imponi non posse, ne ab eo quidem, cuius est sepulcrum; veluti ut ad certam altitudinem monumentum ædificetur; ut certus numerus hominum in uno loco humetur. *L.* 4. *com. præd.* Quippe monumentum res religiosa est. Res religiosæ non sunt in bonis nostris. *L. in tantum*, *§. sacræ*, *D. de rer. divis. d. L.* 4. Quibus consequens videri poterat, ut nec possit quisquam ædificio suo futuro imponere servitutem; quia futurum ædificium nemo

4) Quid de eo qui proxime dominus futurus; & an heres rei legatæ, maritus rei dotalis, fructuarius &c. & de similibus, vid. Cæpolla *de Servit. urb.* C. 14. & Ant. de Padilla *ad L.* 3. *C. h. t.*

nemo habeat, nemo futuri ædificii sit dominus: cum futurum ædificium adhuc non sit. Unde primum nata hic dubitatio. Placuit tamen nihilominus futuro ædificio, quod nondum est, imponi servitutem posse. *L. si servitus*, §. *ult. de servit. urb. præd.* Quam hoc priori sententiæ convenienter, merito dubitatur. Sed de eo dicemus in commune, cum dixerimus de persona constituentis & acquirentis: quoniam & de servitute futuro ædificio acquirenda idem ius est, & in eo eadem dubitatio & communis.

XV. Non tantum eum qui servitutem constituit, dominum prædii esse oportet, sed & solum dominum, non pro parte indivisa.

XVI. Unus ex dominis prædii communis servitutem imponere non potest, ne pro parte quidem sua. *L.* 2. *D. de servit. L. unus, D. de serv. rust. præd.* Neque hoc aliunde efficitur, quam quod alienæ rei servitus prædii imponi non potest. Nam in re communi quæ partes sociorum dicuntur, iure esse intelliguntur; natura partes non sunt. Sunt enim corpore indivisæ. *L.* 5. *D. de stip. servor.* Ideo inter se ita confusæ, ut una esse non possit sine altera, nemo unam attingere, quin simul attingat alteram. Ea res facit, ut nemo ex dominis rei communis possit servitutem imponere parti suæ, quin imponat simul & alienæ. Effectum est autem, neminem alienæ rei posse servitutem imponere. Quo fit, ut nec possit unus ex dominis imponere [5] suæ parti: non utique propter eam partem, sed propter alienam, quæ onerari non potest. Et hoc est, quod aliis verbis dicitur a veteribus, servitutem per partes, seu pro parte dominii imponi non posse. *L. si quis duas*, §. 1. *com. præd.* ubi partem indivisam rei communis accipere oportet. Nam diviso fundo inter aliquos regionibus, potest quivis ex dominis suæ parti imponere servitutem. *d. L. si quis duas*, §. 1. *com. præd. L. ad certam, D. de servit.* Sive quod pars divisa non est pars fundi, sed fundus, quæ ratio redditur in *d. L. si quis duas*, §. 1. sive quod in partibus divisis non est periculum, ne qui suæ imponit servitutem, imponat etiam alienæ: cum partes nihil inter se habeant coniuncti aut commune. Tantum autem hoc nunc agitur, ne quis alienæ rei servitutem imponat.

XVII. Hoc aliter observatur in usufructu. Is pro parte non tantum divisa, sed & indivisa recte constituitur. *L.* 5. *D. de usufr.* Id est, etiam in re communi pro indiviso unus ex dominis recte pro parte sua usumfructum constituit alii, ut fructuarius concurrat in partem ususfructus cum cæteris dominis rei communis. Atqui hic eadem obstare videtur partium rei communis coniunctio. Sive enim in re communi imponitur ab uno ex dominis servitus prædii; sive imponitur ususfructus, qui est servitus personæ: semper partes rei communis eædem sunt, id est, indivisæ; eoque inter se ita coniunctæ & confusæ, ut non possit in una quidquam fieri, quin fiat simul in altera. Sed ea res non impedit, quominus & in parte ita indivisa & corpore confusa constituatur ususfructus. Hic enim non res, in qua constituitur servitus, dissimilitudinem facit, sed servitus constituta. In utroque genere servitutis semper partes rei communis sunt indivisæ eodem modo: sed ususfructus, qui constituitur, res dividua est, & quæ pro parte etiam indivisa prædii dividi potest: servitus prædii res [6] indivisa, quæ ut partes rei communis sunt indivisæ: sic & ipsa in sese divisionem non recipit. Hoc eo fit, quod ususfructus progreditur ad fructus percipiendos; atque adeo in his percipiendis omnis eius utilitas consistit. Porro hi fructus inter socios pro numero personarum etiam corpore postea dividi possunt. Quare merito propter utilitatem dividuam, quæ inde percipitur, etiam ususfructus ipse dividuus habetur. Propter hanc enim utilitatem est ususfructus. At servitus prædii consistit solum in usu, eoque ipso consumitur, nihil relinquens corporale post usum, quod possit corpore dividi inter socios. Iam vero hic usus est indivisus. Quo fit, ut sit & ipsa indivisa servitus. Ratio reddita in *L. viæ. D. de servit.* Usu & commoditate servitutis indivisa constituta, fit locus superiori sententiæ, ut nemo unus ex sociis servitutem imponere possit parti suæ, quin necesse sit imponi eamdem alienæ. Quod posterius cum ius

5) Per partem imponi nequit ab uno socio, ut valeat via ad fundum pro eius parte. Quia pars illius non continetur regione certa, sed fusa per totum fundum, ut necesse sit servitutem parti acquisitam in totum fundum diffundi. Et servitus est ius in corpore; partis indivisæ nullum subest corpus, quia non est, sed intelligitur, ita Cujac. 6. *ad Afric. in L.* 32. *R. P.* subdens hæc tantum locum habere in fundo communi, nec posse accommodari ad proprium. Quis enim sanus ad prædii proprii partem, tertiam forte, pro indiviso impositurus vel acquisiturus servitutem, vid. & Hot. 7. *Obser.* 1.

6) Ita & Govean. vid. *N.* 1. *ad Lib.* 10. *C.* 24. aliter Hot. 7. *Obs.* 1. *pr.* quia fundus partim liber, partim servus esse non magis possit quam homo, cuius status individous *L.* 9. *de Lib. Ca.* vid. Eg. Baro *Lib.* 2. *de divid. & indiv. oblig. C.* 2.

ius non concedat, etiam prius admitti oportuit, ne liceat etiam suæ imponere.

XVIII. Quod tamen dicitur unam ex dominis rei communis servitutem imponere non posse, nec pro parte sua; sic accipiendum est, si solus constituat. Diversum est, si omnes constituant servitutem. Et quidem si simul & eodem tempore cedunt omnes, convenit recte constitui non secus, quam si unus propriis suis ædibus servitutem imponeret. *L. si quis duas, §. item si duo. D. com. præd.* Merito: sic enim fit, ut omnes imponant servitutem non alienæ parti, sed suæ: & præterea imponant eodem modo, quo fieret, si unus rei propriæ imponeret servitutem. Hic enim imponeret semel, & eodem tempore. Nunc autem & hic plures constituunt eodem tempore. Quod si omnes separatim & non pariter cedant: receptum hoc quidem, dum placet, quandiu posteriores non cedunt, priores cessiones pendere: posterioribus autem cedentibus, novissima [7] cessione superiores omnes confirmari. *L. per fundum, D. de servit. rust. præd.* Sed receptum hac lege, quæ explicatur a Paulo in *L. ult. D. com. præd.* ut, posteriore cedente, perinde sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. Id autem ille fieri docet ad hanc sententiam, ut velit quædam spectari in persona prioris cedentis; quædam in persona posterioris. In eo qui prius cessit, hoc exigi, ut tempore posterioris cessionis is vivat adhuc, & partem suam veterem obtineat. Sic enim fit, ut cum hæc concurrent, possit rursum eodem tempore servitutem cedere, si velit. Quod cum est, non exigimus ab eo, ut cedat, quod iam fecit: non exigimus, ut cedat eodem tempore, quia cum possit id facere, non prohibet natura, quominus id ita factum fingamus, &, ut propius ad Pauli conditionem accedamus, nihil prohibet, quominus perinde habeatur, atque si iterum factum esset. Unde merito in hac facultate iterum cedendi, remissum ei ait, ne nunc iterum cedat, quod constat etiam nunc ab eo per naturam fieri

Tom. III.

posse. Quod si prior iste aut ante defunctus est, aut vivus partem suam alienavit: posteriore cessione non constituetur servitus, nisi novi domini, qui priori socio successerunt, iterum cedant: quia non potest prior natura perinde haberi, quasi tempore prioris cessionis cessisset, cum eo [8] tempore, etsi vellemus, cedere servitutem non posset. In persona eius, qui postremus cedit, hoc exigit, ut is idem sit, qui fuit tempore prioris cessionis, & eamdem partem retineat. Nempe quia ita fit, ut & hic posterius cedens perinde possit haberi, quasi & tempore prioris cessionis ipse quoque cesserit, cum & tum potuerit, & nunc eum eodem priore possit. Quod si idem vel defunctus sit postea, vel partem suam alienarit: novi domini eius partis eamdem servitutem postea cedendo, nihil agunt, nisi prior qui prius cesserat, iterum cedat: quia is non possit videri simul cum his posterioribus cessisse, qui tempore prioris cessionis cedere non potuerunt.

XIX. Quod in duobus sociis, qui separatim cedunt, hoc in duobus qui separatim legant servitutem, evenerit; ut si [9] pariter eorum adeatur hereditas, utiliter constituatur servitus: quasi scilicet ambo eodem tempore constituerint. Si diversis temporibus, nullum sit legatum. Nec enim, inquit Paulus, sicut viventium, ita & defunctorum actus suspendi receptum est. Intellige in hac specie, cum in his, qui cesserunt, & tempore posterioris cessionis vivunt, possit is, qui prius cesserat, adhuc redire, & eamdem servitutem cedere. Quod non item in iis, qui servitutem legarunt, & defuncti sunt, dici potest: ubi qui prior decessit, nunquam eveniet, ut cum posterioris legati dies cedet; possit redire, ut eodem tempore cum posteriore constituat servitutem. Hæc sententia est *d. L. ult. D. com. præd.*

XX. Etsi autem non imponitur servitus prædio communi ulla ex parte, cum unus ex dominis tantum cessit servitutem, aut cesserunt quidem omnes, sed non ita, ut perinde sit, quasi omnes eodem tempore

V ces-

[7]) Quod ex æquitate uso fori receptum, ut per tuitionem prætoris fidem in pactionibus datam servantis servitus sustineatur, contra mei iuris rationem, qua stipulatio non ex incerto futuri temporis eventu vires capit, sed ex præsenti tempore ac statu. *L.* 137. §. 6. *in fin. de V. O.* Et ultima cessio æque ac prima infirma est, nec igitur priorem confirmat, quia nec imponit cedens servitutem pro parte sua, cum servitus sit individua, nec pro parte socii simul; cum alterius conditio deterior per alium reddi nequeat. Hot. 7. *Obs.* 1. vid. & Io. Superior *in L.* 2. *de servit. n.* 8. A. Fab. 19. *Coniect.* 16.

[8]) Novissima enim cessio non retroducitur ad priorem, sed prior ad posteriorem. Et fingitur qui prius cessit, etiam tempore novissimæ cessionis cedere. Necesse est igitur ut superstes in eodem statu permanserit, ne fictio sit monstrosa aut impossibile contineat. Hot. 7. *Obs.* 2. §. A. Fab 19. *Coniect.* 16. Non retrofictio hic sed fictio, quæ priores fictiones tantisper in suspenso retentas in tempus ultimæ cessionis protrahit. Facilius finguntur omnes cessisse tempore quo nemo superest qui iam non cesserit, quam quo nemo, excepto uno, cessit. Accedit quod sit in potestate novissime cedentis, an cessio prioris valere debeat. Superior *in L.* 2. *de ser. n.* 8. Rursus igitur si in prioris locum alius successit, pendebit novissima successio, dum novus socius, prioris successor cedat.

[9]) De quo & cur magis requiratur ut utriusque hereditas pariter adeatur, quam ut pariter uterque decedant, vid. A. Fab. 19. *Coniect.* 16.

cessissent; tamen priorum cessio non plane est inutilis. Non prodest ad servitutem constituendam. At prodest adversus eos, qui cesserunt, ut pro recte constituta habeatur. Quos placet vetare nos uti cesso iure non posse. Hoc enim benignius dici Celsus scribit in *L. per fundum*, *D. de servit. rust. præd.* Nempe propter conventionem, quam æquum est ex generali edicto servari adversus eos, qui pactione constituerunt servitutem. *L. iuris gentium* *§. ait. D. de pact.* Quid ergo, si qui prius cesserant, prohibeant nihilominus nos cesso iure uti? Quomodo consequemur ne impediant? Non utique actione in personam, qua petamus servitutem nobis dari. Non enim hic de danda & constituenda servitute nunc agitur, sed de cessa & constituta obtinenda. Ergo servitutem cessam adversus eos qui cesserunt, si nos impediant, vindicabimus, tanquam ab iis recte constitutam. Sic enim in rem actio est de servitute nobis iure quæsita. *§. æque, Inst. de act.* Dicent non recte vindicari, quia iure non sit constituta. Sed cum constet eos cessisse; necesse erit ipsos vinci, nisi aliquid adferant, cur constitutio non valeat. Erit igitur hæc exceptio, ut dicant se quidem cessisse: sed nondum alios socios. Ad hanc vero exceptionem parata est [10] replicatio pacti & doli mali, qua exceptio infirmetur: ut dicamus, at vos cessistis, & voluistis recte constitutam servitutem, sive alii cesserint, sive non cesserint. Conventioni vestræ vobis standum est. Replicatio ex edicto generali de pactis sumpta, quo placet pacta omnia de re privata inter aliquos valere saltem ad exceptionem. *L. iuris gentium, §. sed cum nulla, D. de pact.*

XXI. In acquirentis persona idem ius per omnia, quod in constituente, idque inde nascitur. Nam ut servitus prædii non imponitur nisi prædio; ita constituta, nisi prædio non acquiritur, nec debetur nisi prædio. *L. liberto. §. ultim. D. de neg. gest. L. unus, D. de serv. rust. præd.* Ut igitur nemo potest imponere servitutem, nisi qui prædium habet, & prædii dominus est: sic nemo acquirere, nisi qui item habet prædium, cui servitutem acquirat. *L. 1. D. com. præd. §. ideo, Inst. de servit.* Quod rursum in usufructu non exigitur; atque adeo exigere ineptum sit, cum ususfructus sit servitus personæ, non prædii. Ut prædium habeat, qui acquirit, cum exigimus: hoc exigitur, ut sit prædii dominus, qui prædio acquirit, similiter ut qui imponit prædio servitutem. Idque est, quod generali definitione de utroque complexi sunt veteres, cum ita definiunt, alienis ædibus, & generaliter alieno prædio neque imponere servitutem quemquam posse, neque acquirere. *d. L. si quis duas*, in fi. pr. *L. si cum duas. D. com. præd.*

XXII. Impeditur tamen hæc sententia duarum rerum iure, sepulcri, & futuri ædificii: quæ cum videantur a nullo domino posse haberi: placet nihilominus his servitutem acquiri posse. Itaque hic locus est, in quo oporteat de his nos admoneri, & quale id ius sit, cognoscere: ne aut superiore sententia decepti in his repudiemus servitutis acquisitionem: aut hac admissa, ideo superiorem sententiam falsam putemus. Quorum utrumque ad illius sententiæ explicationem pariter pertinet. Sepulcrum ergo rem religiosam esse constat, & quia religiosa est, nullius esse in bonis. *L. in tantum, §. sacræ, de rer. divis. §. nullius, §. religiosum, Inst. eod. tit.* Qua de caussa nec sepulcro servitutem imponi posse supra diximus. Cur non igitur ex superiore regula eadem ratione dicamus nec nos sepulcro posse servitutem acquirere? Placuit tamen etiam post religionem, id est, postquam locus humatione defuncti religiosus factus est, servitutem sepulcro acquiri posse: non tamen omnem, sed tantum servitutem itineris ad sepulcrum. *L. servitutes prædiorum, §. 1. D. de servit.* An quod hæc servitus excipienda est religionis caussa, quia alioqui sine itinere ad sepulcrum, nullus esset sepulcri usus? Est hoc quidem aliquid: atque hoc admisso recte hanc exceptionem superiori regulæ subiiceremus. Sed Paulus aliter in *d. L. servitutes*, quia, inquit, *servitus itineris ad sepulcrum privati iuris manet*; ideo & post religionem sepulcri acquiri hæc servitus potest; atque adeo & domino fundi servientis remitti. Ea res privati iuris est, quæ est privata, & eius, cui privatim quæsita est. *L. 1. D. de rer. divis.* Non est autem servitus itineris privata, nisi quæ solo privato debetur; quoniam servitus prædii, cui inhæret, conditionem sequitur. Ut si sepulcro deberetur, eam quoque divini iuris esse oporteret, ut sepulcrum, non privati. *L. via, §. si fundus, D. de serv. rust. præd.* Significat ergo hac ratione Paulus ideo servitutem itineris

10) Nec enim æquum ut cuiquam liceat contra proprium factum venire eo prætextu, quod alius nondum fecerit id, quod fieri tamen postea potest. A. Fab. *d. loc.* Alter autem socius usu servitutem prohibere potest, Cuiac. 6. *ad Afr. in L. 32. R. P.*

ris ad ſepulcrum recte acquiri, quia & hæc ſervitus rei privatæ acquiratur, non ei, quam quis non habet in bonis. Quam rationem apparet ſpectare ad removendam tacitam obiectionem, quæ ex ſuperiore ſententia naſcebatur. Quæreret enim aliquis, quomodo acquiri poſſit ſervitus ſepulcro ab eo, qui eum locum non habet in bonis: cum placeat neminem acquirere poſſe ſervitutem prædii, niſi qui prædium habeat, & ſit prædii dominus. Occurrit ille, & oſtendit nihil hic adverſus id ius fieri. Servitutem enim hanc, etſi eſt ad ſepulcrum: primo tamen acquiri rei privatæ; quo fiat, ut & ipſa ſit iuris privati. Quod & verum eſt. Intelligi enim debet in extremo ſepulcri, ſeu religioſi loci, tantum relinqui privati, quanto opus eſt ad accedendum, item ad iter conſtituendum, & acquirendum ad ſepulcrum. Quod & propter utilitatem religioſi loci admittendum eſt. Alioqui [11] privato iure ad locum religioſum accedere non liceret; atque ita inutile conſtitueretur ſepulcrum contra loci ipſius religionem atque uſum.

XXIII. Quod attinet ad futurum ædificium, quod in area noſtra paramus; eſt id quidem privatum, & noſtrum, cum exſtructum erit. Sed de futuro agitur: futurum certe nondum eſt, eoque nec dici poteſt quiſquam futurum ædificium habere aut eius dominus eſſe. Itaque non abs re quis putet conſequens eſſe ſuperiori ſententiæ, ne futuro ædificio imponi poſſit ſervitus, aut acquiri. Dices nihil hic eſſe impedimento: quoniam ſi quæ imponetur aut acquiretur futuro ædificio, ea tunc ſolum habebitur pro conſtituta, cum ædificium exſtructum fuerit. Sed hoc erit ſervitutem imponere & acquirere ædificio præſenti, non futuro. Nunc autem de futuro ædificio, ut dixi, quærimus. Placuit tamen nihilominus futuro quoque ædificio, quod nondum eſt, vel imponi vel acquiri ſervitutem poſſe. *L. ſi ſervitus, §. ult. D. de ſerv. ruſt. præd.* Quod ita fit. Ædificaturus in mea area, poſſum conſtituere vicino ius immittendi tigni in eas ædes, quas exſtruxero. Quæ conſtitutio hanc vim habebit, ut cum ædes ædificatæ erunt, exinde ſtatim ſervitus tigni immittendi conſtituta intelligatur ſine nova ceſſione & traditione. Quaſi traditio & conſtitutio præceſſerit ædificium, unde & dicitur in futurum ædificium collata: ſed vim ſuam exerat tunc primum, cum ædificium eſſe cœperit, in quo conſiſtat. Et contra, ædificaturus, ne fruſtra ædificem, aut cum incommodo meo, poſſum mihi cavere a vicino, & ſervitutem acquirere, ne ædes ſuas altius tollat, ne luminibus futuri ædificii mei officiat; vel ut futuri ædificii mei ſtillicidia recipiat in ſuas ædes. Quod ille ſi conſtituerit, hoc conſequar, ut, exſtructo ædificio, ſtatim utraque ſervitus ſuperior ædificio meo deberi intelligatur. At hoc qui potui imponere aut acquirere ei prædio, quod tum non habui, ac ne habere quidem potui per rerum naturam, cum nondum eſſet? Sane ipſi per ſe non potui, repugnante tam aperte natura. Sed imponetur tam nunc, aut acquiretur ſervitus [12] areæ præſenti, & cuius ſum dominus: ſic deinde areæ impoſita aut quæſita manabit eodem iure ad ædificium, quod poſtea imponetur. Idque iure publico & gentium, quo ædificium ſequitur conditionem ſoli. *L. adeo, §. cum in ſuo, D. de acq. rer. dom. L. Paulus, §. domus, D. de pignor.* Hac ratione & parebitur iuri ſuperiori, cum is ſervitutem imponet, & acquiret, qui prædium habet: & ſimul verum erit ſervitutem imponi & acquiri futuro ædificio, dum ei imponitur & acquiritur per intermediam aream, quæ prius ſervitutem acceperat. Stat igitur hæc ſententia, neminem ſervitutem acquirere poſſe prædio, niſi qui prædium habet, & prædii dominus eſt, uti nec imponere.

XXIV. Neque hoc ſatis. Etiam eum, qui acquirit, ſolum dominum eſſe oportet, ut & eum, qui imponit. Unus ex dominis [13] communi prædio ſervitutem acquirere non poteſt. *L. proprium, 5. in fin. D. com. præd.* Idque eſt rurſum, quod veteres in commune de conſtituente & acquirente ſtatuerunt, per partes, ſeu pro parte dominii ſervitutem ut imponi non poteſt, ſic nec acquiri poſſe. *d.*

Tom. III. V 2 *L. ſi*

11) Cui & hoc datur ut vicinus iuſto pretio iter præſtare a prætore compellatur *L. 12. pr. de relig.* de quo Forner. 1. *Select.* 9.

12) At reſiſtit quod in *d. L. 23. §. 1.* ut & in *L. 10. R. P.* dicitur ipſi ædificio acquiri vel conſtitui. Et quod, quia area vacua ædificio, non eſt prædium urbanum, nec ſervitutem urbanam ei quæri poſſit. Vult. in §. 3. *Inſt. h. t.* diſtinguit inter ſervitutem ipſam, quæ conſtitui poſſit, nondum exſtructis ædibus *dd. LL.* & exercitium eius, quod haberi nequit. Servitus enim, ut ipſa iuris fictio eſt, ita & fingitur, ait, domum exſiſtere. Exercitii autem, uti facti, nulla fictio.

13) Nec pro parte ſua, quia fundus pro parte ſervire nequit, nec pro parte ſociorum, quia per liberam perſonam alteri non acquiritur, Hotom. 7. *Obſ.* 1. Duar. *ad L. 2. h. t.* add. Coraſ. *ad L. 2. h. t. n.* 8. At cur ſocii adiectio vitiat ſtipulationem, extranei non vitiat, ſed pro ſupervacuo, ut ſtipulans ſibi ſoli ſolidam ſervitutem acquirat? Vital. 2. *Var. Lect.* 5. Reſp. id ex natura ſervitutis individuæ. Quando ſibi & extraneo ſtipulatur, in ſua perſona ſtipulatio integra utilis, cumque extraneo nihil quærere poſſit, nec ſibi partem, totam ſibi quærit. Cum vero communi fundo ſtipulatur, ſocio quoque ſtipulatur, cui non poteſt: Sed nec poteſt ſtipulanti ſervitus tradi quin ob communionem ſocio quoque data videatur *L. 10. R. P.*

L. si quis duas, §. 1. *com. præd. L. pro parte*, *D. de servit.* Non alia de caussa, quam quod illud receptum est, alienæ rei servitutem acquiri non posse. Hic enim idem evenit, quod in constituente, ut nemo ex dominis rei communis possit parti suæ servitutem acquirere, quin & quærat parti sociorum, id est, alienæ. Quare si alienæ non potest, efficitur, ut nec possit suæ.

XXV. Sed & hæc pars easdem exceptiones habet, quas in constituente supra diximus. Quod enim dicitur unum ex dominis servitutem rei communi acquirere non posse; & hoc sic accipiendum est, si unus aut plures, non omnes acquirant. Quod si acquirent omnes: si simul, recte constituta est servitus. *d. L. si quis duas*, §. *item si duo*, *com. præd.* Si separatim & diversis temporibus, idem iuris erit; dum & hic, posteriore acquisitione secuta, perinde haberi possit, quasi omnes simul acquisiissent. Quod hic ita fit, si priores, qui acquisiverunt, tempore novissimæ acquisitionis adhuc eamdem servitutem admittere una possint, si velint, dum & vivunt, & partem suam veterem obtinent. Item si postremus, qui acquirit, is sit, qui fuerit tempore prioris acquisitionis, ut & eodem tempore ipse acquirere posset, si vellet; & cum eodem nunc possit is, qui prius acquisivit, dum ambo vivunt & partem veterem suam obtinent. Hæc rursum in acquirentis persona sententia *d. L. ultim. D. com. præd.*

XXVI. Illud in utriusque domini persona imponentis & acquirentis servitutem, meminisse oportebit, dominum hic nos sic accipere, ut contineantur etiam ii, qui effectu propemodum dominii ius habent, emphyteuta, & superficiarius. Etiam hi imponere servitutem possunt, ille fundo emphyteutico; hic ædibus superficiariis. Non quidem ipso iure: attamen eam, quam prætor utilibus actionibus in rem, ut & cæteras servitutes, tueatur. *L. 1. §. ultim. D. de superf.* Quod si hi possunt imponere servitutem ut rei suæ: multo procul vius est intelligi etiam eos superioribus rebus posse acquirere. Sed sive veri domini erunt, sive quasi domini, qui servitutem constituent, semper intelligi debet in omni constitutione duos hos esse oportere, quorum unus prædio suo acquirat, alter suo imponat servitutem.

XXVII. Cæterum nemo idem, qui duo prædia habeat, quanvis maxime utriusque sit dominus, alterum alteri servum efficere potest, alteri ut acquirat servitutem, alteri imponat. Alioqui futurum esset, ut res sua domino serviret: quod natura non patitur. *L. quidquid*, *D. com. præd.* Sane duorum prædiorum dominus unum tradendo, potest traditioni legem dicere, ut vel retentum servum sit ei, quod traditur, vel traditum retento serviat, & recte alterutri erit imposita vel quæsita servitus. *L. si quis duas*, in princ. §. 1. vers. *plane*. & §. *ult. D. com. præd. L. fundus*, 32. *L. cum essent*, *seq.* in princ. *D. de servitut. rust. præd.* De retento prædio non dubitatur, cum eius vere sit dominus, qui retinet. De tradito dubitari merito potuit. Nam & tunc, cum id tradit, etiam huius est dominus, ut hac ratione non possit ei res sua servire. Aut si id alienum esse dixeris, multo minus alieno vel acquiri, vel imponi servitus potuit, *d. L. si quis duas*, in fin. princ. *L. si cum duas, com. præd.* Sed dicendum est, tradito fundo, alieno acquiri vel imponi in hac specie servitutem, cum in id tempus acquiratur vel imponatur, quo prædium accipientis futurum est, ut est in *L. fundus*. 32. *de serv. rust. præd.* neque ideo alieno non recte imponi, vel acquiri; quia cum consentiente novo domino id fiat, potius videtur ab eo acquiri & imponi. Quod si quis duo prædia sua simul & eodem momento duobus tradat, non potest efficere alterum alteri servum. Isto enim modo vere alienis prædiis imponeret & acquireret servitutem; quod fieri non potest. *d. L. si quis duas*, in fi. pr. *com. præd.* Diversis temporibus si tradit, ante traditionem posterioris peractam recte [14] ei servitutem acquiret vel imponet. Sic enim suo magis acquirit & imponit. Estque hæc sententia. *L. si quis duas*, *com. præd.*

CAP.

14) Vid. Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 4.

C A P. X.

Modum conſtituendæ ſervitutis prædii inter privatos ita eſſe, ut conſtituatur aut ſuprema voluntate, aut pactionibus. Neque ex die, neque ſub conditione, neque ad diem aut certam conditionem hoc genus ipſo iure conſtitui poſſe; & hoc quid ſit. In uſufructu omnia contra ſervari; & quare. Servitutis tamen conſtitutioni & modum utendi, & utendi intervalla adiici poſſe: & quid horum utrumque. In ſervitute pactionibus conſtituenda etiam ad pactionem traditionem ſervitutis accedere debere. Quæ hæc; & qualis traditio. Neque tamen hanc rem impedire, quominus ſervitus futuro ædificio imponi poſſit & acquiri: item quominus poſſit ita conſtitui, ut aquam quærere in alieno, & inventam ducere liceat.

Modus conſtituendæ ſervitutis duplex, pactionibus, & teſtamento. I.
Teſtamento, aut etiam codicillis quomodo. Sola voluntate conſtituitur. II.
Pacto conſtituta requirit præterea traditionem. III.
Pacto conſtituta ſervitus ad certam diem & conditionem conſtitui non poteſt. IV.
Ex certa die, aut ſub conditione ſervitutis ſtipulatio & promiſſio valet. V.
At conſtitui ſervitus ex certo die & ſub conditione non poteſt: conſtituere & promittere ſervitutem quid ſint; & quatenus differant. VI. VII.
Quid ſit conſtituere ex certa die, aut ſub conditione: exponitur L. 4. in princ. D. de ſervit. VIII. IX.
Et aliorum ad eundem locum interpretatio refellitur. X.
Servitus ex certo die conſtituta, aut ſub conditione vindicari poteſt; & quare. XI.
Contrariis occurritur. XII.
Dies & conditio adiecta conſtitutae ſervituti inutilis eſt ipſo iure; *ſed tamen adiecta utilis iure prætorio, & quatenus*. XIII.
Illa locutio: ipſo iure *quam vim habeat*. XIV.
Pactio, ne conſtitutæ ſervitutis uſus ante diem, aut poſtea vindicetur, rata eſt; & quare. XV.
Temporis iure ipſo *adiecti inutiliter conſtitutae ſervituti, & vindicationis Papiniano dictæ cognitio ad tria eſt utilis, & quæ illa*. XVI. XVII.
Explicatur regula iuris, ſeu L. nihil intereſt 112. D. de div. reg. iur. XVIII.
Superior definitio de iure ſervitutum cum adiectione temporis non obtinet in uſufructu. XIX.
Hic ex die conſtitui poteſt, neque ante diem peti aut deberi poteſt; & quare. XX. XXI.
Immo & ad certam diem: & quæ ratio diſcriminis uſusfructus a cæteris ſervitutibus & obligationibus. XXII.
Modus utendi adiicitur ipſo iure *utiliter ſervituti: & quid utendi modus a die adiecta ſervituti differat*. XXIII.
Servitus diſcreta temporum intervallis non ad diem, aut tempus; ſed ad modum utendi pertinet; & ex modo æſtimatur. XXIV.
Contraria diluuntur. XXV.
Uſus ſervitutis, & domini conſtituentis patientia pro traditione habetur in ſervitutibus. XXVI.
Qualis haec interveniat in ſervitute futuro ædificio acquirenda; aut aqua in alieno quærenda, aut in aqua ducenda quæ nondum inventa fuerit. XXVII. XXVIII.

I. Modus conſtituendæ ſervitutis in privata conſtitutione duplex, ſimiliter ut in uſufructu, ut in rebus etiam corporalibus omnibus voluntate domini transferendis. Aut enim conſtituitur teſtamento, aut pactionibus. §. *ult. Inſt. de ſervit. L. via, D. de ſervit.* iuncta *L.* 3. in princ. *D. de uſufr.*

II. Teſtamento; quamcumque ſervitutem ex ſuperioribus leget teſtator alicui per fundum ſuum, aut in ſuas ædes, aut quamcumque iubeat heredem ſuum pati; ut ſunt exempla *L. poteſt, D. com. præd.* & *d.* §. *ult. Inſt. de ſervit.* Teſtamento cum dicimus, omnem voluntatem ſuprema-

mam intelligere debemus, quæ iure valeat: ut codicillos, qnibus excepta hereditate non minus utiliter quid relinquitur. *Tit. de codic. Inst.* Habet hæc constitutio hoc proprium, ut unam rem ad constituendam servitutem desideret, testatoris voluntatem. Legata enim servitus [1] statim acquiritur legatario etiam ignoranti sine ulla cessione aut traditione heredis. *L. si partem*, *D. quem serv. amit.* Ius commune cum omnibus rebus etiam corporalibus legatis; quas placet ab eo qui legavit, ad eum, cui legatæ sunt, recta via transire. *L. a Titio*, in fin. *D. de furt.*

III. [2] Pactionibus constituitur servitus, cum inter eum, qui debiturus est, & eum cui acquiritur, consensu id agitur, ut sit constituta servitus. Est enim pactio, duorum pluriumve in idem placitum & consensus. *L.* 1. *D. de pact.* Sed desiderat hæc constitutio res duas, pactionem, & traditionem: iure similiter recepto in rebus omnibus etiam corporalibus consensu transferendis; quo iure nec voluntate domini inter vivos res transferuntur sine traditione: *L. traditionibus*, *C. de pact.* nec traditione aliter, quam si iusta aliqua caussa præcesserit, ex qua traditio sequatur. *L. nunquam*, *D. de acq. rer. dom.* Hæ caussæ sunt contractus & conventiones, quibus id agitur, ut dominium ad aliquem transferatur; ut emptio, venditio, permutatio, donatio, stipulatio, & similes. Quas easdem ad constituendam servitutem intervenire debere intelligimus. *d. L.* 3. in pr. *D. de usuf. d. §. ult. Inst. de serv.*

IV. In hac conventione quæsitum, an eadem huic conventioni adiici possint, quæ cæterarum rerum conventionibus, obligationibus, puta dies & conditio. Idque propter ea, quæ de his scribit in constituenda servitute Papinianus in *L.* 4. *D. de servit.* Et cum tempus servituti adiiciatur aut inchoandæ, aut finiendæ: inchoandæ, ut cum promittitur, constituiturve ex die aut sub conditione: finiendæ, ut cum constituitur ad tempus, aut certam conditionem, veluti usque ad decem annos, aut donec navis venerit ex Asia: de posteriore tempore ius certum & commune cum reliquis omnibus conventionibus, & constitutionibus rerum, ut ad tempus aut certam conditionem servitus ipso iure constitui non possit, quod Papinianus scribit in *d. L.* 4. Idem hoc ut dixi in cæteris. Nam nec alia obligatio quævis ad tempus constitui potest, atque adeo nec legatum ex voluntate testatoris. *L. obligationum fere*, vers. *placet*, *D. de obl. & act. L. nemo*, 55. *D. de legat.* 1. Quippe ita ius est, ut quod certis modis constitutum est, id dissolvatur & finiatur contrariis, seu iisdem in contrarium actis. *L. nihil tam naturale*, *D. de regul. iur.* At extra eas obligationes, quæ consensu solo contrahuntur, nullæ contrahuntur pacto. Ideo nullæ pacto finiuntur. *d. L. obligationum*, *de obl. & act.* Sic & servitus nulla [3] constituitur pacto, sed traditione, ut & res cæteræ, de quo postea. Non mirum, si constituta, pacto non finitur.

V. De priore tempore, quod inchoandæ servitutis caussa conventioni adiicitur; siquidem promittitur tantum servitus, non dubito, quin huic quoque promissioni & conventioni ius sit cum aliis omnibus commune. Omnis obligatio ex die & sub conditione recte contrahitur. *§. omnis*, *Inst. de verb. obl. L. omnia*, 7. *D. si cert. pet.* Non dubium, quin iisdem modis recte promittatur servitus, ut neque ante diem peti possit; neque ante quam conditio exstiterit, debeatur, ut est vis harum adiectionum. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* Constat servitutem in stipulationem deduci posse. *d. §. ult. Inst. de serv. L. viæ*, *D. de serv. L.* 2. *§. ex his*, *D. de verb. obl.* Recipiet ergo hæc stipulatio diem & conditionem: quæ duo omnis stipulatio iure recipit. *d. §. omnis*, *Inst. de verb. obl.* Sed & illud constat etiam eum viam promittere posse se daturum, qui fundum non habet. *L. heredes*, *§.* con-

1) Et dies eius a morte cedit, vid. Moller. *Lib.* 5. *Semest. Diss.* 58. Huc pertinet, *tit. D. de ser. leg.* in quo obscurior *L.* 3. de qua Cuiac. 1. *Obs.* 23. *&* 23. *Obs.* 11. Hot. 2. *Amicab.* 23. Henr. a Suerin. *Repet. lect. C.* 24.

2) *L.* 33. *R. P. L.* 3. *L.* 5. *L.* 6. *comm. præd. L.* 19. *Quem. ser. am.* scilicet contractuum vel traditionum, adiectis in continenti, non aliis, Cuiac. 9. *ad Afr. in L.* 33. *R. P.* Possunt quidem & precario concedi *L.* 3. *L.* 15. *§.* 2. *de precar. L.* 12. *pr. de relig.* Sed illæ non sunt proprie servitutes, ubi quandocunque libuerit, concedenti liberum est agere interdum de precario *L. pen. comm. præd.* Cuiac. 22. *Obs.* 37.

3) *L.* 98. *de V. O.* ita & inter constitutionem ac promissionem servitutum distinguunt Cæpolla *de Ser. urb. C.* 21. *n.* 1. dicens, promissione non constitui ius in re, sed obligationem ac ius ad rem. Govean. 1. *Var. Lect.* 9. Corras. *ad L.* 4. (ipsi 3.) *de ser. n.* 25. Nic. Valla *de reb. Tr.* 7. *n.* 2. *&* 3. quia & promissio obligat eum qui præstare nequit ad id, quod interest, uti & Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 11. Pac. 3. *Q.* 51. Bronch. 2. *Ass.* 2. Vult. *in pr. I. de usufr. n.* 5. Non autem placet quod idem *in §. ult. I. h. t.* distinguit quoque constitutionem quæ fiat conventionibus vel ultima voluntate, ab acquisitione seu translatione, quæ per quasi traditionem vel patientiam domini. Nam quando constituta est servitus utique iam exsistit; Nec igitur fingi potest non acquisita. Rem autem promissam non est necesse exsistere, modo exstitura speretur.

contra, *D. fam. erc.* Non poteſt hæc datio intelligi, niſi in prædio, quod erit promiſſoris: quoniam alius dare ſervitutem non poteſt, quam qui prædium habet. *§. ideo*, *Inſtit. de ſervit.* Proinde nec aliter promiſſio intelligi, quam ut inſit tantum temporis, intra quod prædium acquiri poteſt, & traditio ſervitutis ſequi. *§. ult. Inſt. de verb. obl.*

VI. Quod ſi de conſtituenda ſervitute agatur, hic videri poteſt Papinianus diverſum quiddam tradere a regula ſuperiore omnium conventionum. Ait enim ſervitutes ipſo quidem iure neque ex tempore, neque ſub conditione conſtitui poſſe. Idque ita accipiendum ſignificat, ut quemadmodum ad tempus conſtituta nihilominus poſt tempus vindicari poteſt: ſic conſtituta ex tempore, etiam ante tempus & ſtatim poſſit vindicari. Inutiliter quidem, ſi exceptio opponatur: ſed tamen poſſit ipſo iure. In quo an non ſtatim occurrit, fieri id adverſus legem ſuperiorem, quæ in omni obligatione contrahenda, & promiſſione diem & conditionem recipit? Minime.

VII. Aliud eſt enim promittere, aliud conſtituere ſervitutem. Idque vel inde ſtatim poteſt intelligi, quod promittere ſervitutem poteſt, etiam qui prædium non habet, ut dixi, *d. L. heredes*, *§. contra*, *D. fam. erc.* conſtituere nemo, niſi qui habet prædium. *§. ideo*, *Inſtit. de ſervit.* Et vis verborum id declarat. Promittere enim ſervitutem eſt, promittere ſe daturum. Conſtituere ſervitutem eſt iam nunc imponere, efficere, ut iam nunc ſit quæſita. *d. L. 1. com. præd. d. §. ideo*, *Inſtit. de ſervit.* Qui promittit, nihil dat, ſed obligat ſe, ut det. *L. ubi autem*, *§. ultim. D. de verbor. oblig.* Qui conſtituit, tradit, ut ſic ſtatim ſervitutem faciat accipientis; quæ non acquiritur ſine traditione, ut poſtea dicetur, *L. quoties ultim. D. de ſervit.* Cur ex die & ſub conditione promitti poſſit iure, idque utiliter, facit conventio & ratio perpetua obligationum conſtituendarum. Hæ enim ſi ſunt ex contractu, ſunt etiam ex conventione. Nullus enim contractus, qui non habeat in ſe conventionem. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Proinde & actio in perſonam, quæ inde naſcitur, ex contractu & conventione. *§. 1. Inſt. de act.* Eſt autem plane abſurdum, quæ obligatio & actio ex conventione eſt, eam conſtitui & dari contra conventionem. At cur non idem teneamus in conſtituenda ſervitute; cum nec conſtituatur ſine conventione, atque adeo hæc ipſa diei & conditionis adiectio non poſſit eſſe, niſi ex conventione: unde & ad hanc partem a nobis refertur? Id eadem ratione fieri reperiemus, qua placet ſervitutem ſemel conſtitutam fieri perpetuam, nec tempore adiecto finiri. Sic enim res habet, & hoc Papinianus ſentit, ut ſervitus ex die aut ſub conditione non dico promiſſa, ſed conſtituta, etiam ante diem & conditionem ſtatim conſtituta intelligatur, & acquiſita prædio. Quod ſi verum eſt; ſequetur ſua ſponte, ut & ſtatim poſſit vindicari, nec dies aut conditio prohibeant.

VIII. Prius autem ita eſſe, ut diximus, ita intelligetur, ſi ſcierimus, quid ſit conſtituere ſervitutem ex die, quid conſtituere ſub conditione. Servitus ex die conſtitui intelligitur, cum ita conſtituitur, ut iam nunc ſit conſtituta & debeatur prædio, ſed ea uti, eamve petere non liceat, niſi ex die certo, puta ex Calendis illis. Hoc modo, iter tibi conſtitutum eſt per fundum meum, ſed ita ut ius tibi ſit ire dumtaxat ex Calendis Iuliis. Quod dicimus exemplo obligationis in diem contractæ, quæ tunc in diem ſeu ex die eſſe dicitur, cum ſtatim pecunia debetur, ſed petitio differtur in diem, *§. omnis*, *Inſtit. de verbor. oblig.* Congruit definitio ſententiæ Papiniani. Vult enim Papinianus ſervitutem ex die conſtitutam, ante diem ipſo iure vindicari poſſe. Non eſt vindicatio, ſeu in rem actio confeſſoria de ſervitute, niſi de ſervitute noſtra, *L. 2. in princ. D. ſi ſervit. vind.* Nec vero noſtra ſervitus eſſe poteſt, niſi prius conſtituta & tradita. *L. quoties*, *ultim. D. de ſervit.*

IX. Conſtituere ſervitutem ſub conditione ſcio maxime proprie dici poſſe, ut ſit conſtituere ſervitutem adiecta conditione, ſub qua ſervitus conſtituatur, non ante. Nam & promittere aliquid ſub conditione eſt promittere adiecta conditione, ex qua incipiat deberi, nec ante debeatur. *§. ſub conditione*, *Inſtit. de verb. obl. L. cedere*, *D. de verb. ſign.* Sed & tradere poſſeſſionem ſub conditione dicimur, cum ita tradimus, ut non ante fiat accipientis, quam conditio extiterit. *L. qui abſenti*, *§. 1. D. de acq. poſſ.* Sed hæc ſignificatio ſententiæ Papiniani non convenit. Vult enim, ut dixi, Papinianus, ſervitutem ſub conditione conſtitutam, etiam ante, quam conditio extiterit, vindicari poſſe. Quod dici non poteſt niſi de ſervitute ante diem conſtituta & quæſita prædio. Quod ergo ſententiæ Papiniani hoc loco conſentaneum ſit, dicemus id quod Ioannes apud Accurſium,

con-

constituere servitutem sub conditione, esse iam nunc quidem constituere: sed adiecta conditione, in quam usus servitutis & vindicatio differatur; hoc modo: Iter tibi est per fundum meum, hac lege tamen ut tibi ire liceat, si navis ex Asia venerit: scilicet ut neque ante, quam conditio extiterit ea servitute uti possis, ne omnino uti, si conditio defecerit. Hanc quidem definitionem sententia Papiniani exigit, ut ante ostendi: cum non possit ante conditionem vindicari servitus, nisi prius constituta & debita prædio: nec possit videri ante constituta, nisi eam definitionem admittimus, quam dixi. Si exemplum quærimus, congruit omnino definitio superiori. Nam si recte dicitur servitus constitui ex die, quæ constituitur adiecto die, in quem usus differatur: par est eam dici sub conditione constitui, quæ constituitur adiecta conditione, in cuius eventum idem usus differatur. Non me fugit contra dici posse, ex hac definitione 4 usum differri, non servitutem: cum hanc dicamus constitutam etiam ante, quam conditio extiterit: Papinianum autem loqui de servitute ipsa constituta sub conditione, non de dilato servitutis usu. Sed satis videtur ipsa servitus differri in casum & sub conditione, cum differtur eius usus in eam conditionem: quemadmodum non videtur rem dedisse, qui perfecte non dedit. *L. cum quis*, *§. qui hominem*, *D. de solut.* Quod præcipue in servitute contingit, cuius vis sola est in utendo. *L. viæ*. *D. de servit.* Utcumque est, ut maxime dicatur alibi res constitui sub conditione, quæ ita constituitur, ut non sit constituta, nisi exsistente conditione: tamen hoc loco non ea mens est Papiniani, qui servitutem sub conditione constitui hic accepit, ut vellet statim vindicari posse, ac proinde statim esse constitutam. Quod non aliter fit, quam si ita sit constituta, ne liceat ea uti, eamve petere, nisi sub conditione.

X. Nam illa quorumdam defensio hoc loco recipi non potest, ut concedamus etiam servitutem ipsam constitutam sub conditione ita, ut nulla sit servitus nisi conditione exsistente: verum ideo conditionem inutiliter adiici ipso iure, quia servitutes prædiorum debent habere caussas perpetuas. *L. foramen*, *D. de serv. urb. præd.* Non enim animadvertunt, etsi quis illis concederet, usu servitutis interrupto, caussam servitutis fieri non perpetuam: tamen ista ratione effici servitutem hoc modo constitutam nullam esse, eoque nec ante conditionis eventum eam vindicari posse, quæ nulla est, nedum constituta. Id quod est aperte contra Papiniani sententiam, qui ideo servitutem sub conditione constitui posse negat, non quia nulla sit servitus, eoque inutilis servitutis constitutio; sed quia ita sit iure ipso servitus constituta, ut possit etiam ante conditionem vindicari. Sed & illud quod volunt ideo servitutis caussam perpetuam non videri, quia ex conditione aut die usus eius suspendatur, verum non esse ex eo constat, quod servitus ita constitui potest, ut ne continenter ea utamur, sed certis tantum intervallis temporum, & quidem ita, ut servitus hoc modo recte constituta etiam ipso iure intelligatur. *d. L. 4. §. ult. de servit.* Quare, si volumus servitutem ex die aut sub conditione constitutam utiliter ipso iure constitui ita, ut & ante utrumque tempus vindicari possit, quæ sententia Papiniani est: redire cogimur ad eam definitionem, quam dixi, ut servitus ex die aut sub conditione constituta intelligatur Papiniano, quæ iam nunc ita constituta est, ut eius usus in diem, aut sub conditione differatur.

XI. Quo posito, iam incipiet constare ratio, cur placeat eam etiam ante diem, aut conditionem ipso iure vindicari posse. Nempe enim in utraque constitutione hoc accidit, ut si servitus iuxta conventionem peti non possit: nihilominus tamen ex eadem conventione sit constituta statim in præsentia etiam ante diem & conditionem. Ex eo statim vindicatio sequitur. Meminisse enim oportet servitutem prædii semel constitutam acquiri prædio, cui constituta est, eique deberi, non personæ. *L. liberto*, *§. ult. D. de neg. gest.* *L. unus*, *D. de serv. rust. præd.* Prædio semel quæsita, fieri non potest, quin certa ratione iuris civilis vindicari possit ab eo, qui dominus est prædii, cui inhæret. Servitus enim prædii 5 sequitur conditionem prædii eius, cui debetur. *L. via*, *§. si fundus*, *D. de serv. rust. præd.* Quare ut prædium domini est, & ab eo vindicari potest: sic & servitus eius prædii,

4) Sic obiicit Vult. *ad pr. I. de Usuf. n.* 5. cum de constitutione servitutis quæritur, male interpretes respondere de servitutis exercitio.

5) Ita fere & Briss. *Lib. 2. de Solut. Tit. de Acceptilat. pag.* 377. Constitutione servitutis, ait, qualitas fundo imprimitur *L.* 86. *de V. S.* quæ semel insita hæret, nostra ut voluntate non possit non insita videri. Bronch. 2. *Ass.* 3. ita: In servitute facto patientiæ præsentaneo opus, quo servitus imponatur. Semel autem imposita habet caussam continuam & perpetuam. vid. & Coras. ad *L. 4. h. t. n.* 25. Io. del Castillo *Contr. quotid. de Usufr. C.* 11.

dii, quæ eodem iure habetur. Idque est, quod dicitur, actiones de servitutibus eorum esse, quorum sunt prædia. *L. 1. D. si ser. vind.* Sed & hac ipsa lege efficitur, ut servitus prædio debita, sit eius, cuius est prædium. Sic enim & conditionem prædii sequitur. At nihil certius iure, quam eum cuius res est, rem suam vindicare posse hoc ipso, quod eius est. *L. actionum, D. de obl. & act.* Quinimmo vindicare rem aliquam nihil aliud est, quam suam esse intendere. §. 1. in fin. iuncto, §. *appellamus, Inst. de act.*

XII. Nec obstat conventio, qua id actum est, ut non ante diem aut conditionem servitus peteretur. Etsi enim edicto generali *de pactis* placet omnem conventionem, quæ de re privata est, servari: tamen hæc exceptio est ipsius edicti verbis comprehensa, nisi conventio sit contra ius. *L. iuris gentium, §. ait prætor, L. contra. D. de pact. L. pacta. 6. C. eod.* At est contra ius, si conveniat, ne domino rem suam vindicare liceat; non minus, quam si conveniat, ne liceat domino rem suam alienare. *L. pen. D. de pact.* Dominii enim hæc iura sunt propria, vindicatio rei suæ, & alienandi potestas, quæ non inhibeatur lege, ut conventione hæc detrahi nihil aliud sit, quam convenire, ut dominus, ne sit dominus. Quod maxime de vindicatione dicendum est. Nam si vindicare est, ut dixi, intendere rem suam esse: natura exigit, ut is cuius res vere est, possit etiam eam vindicare, quia potest affirmare id, quod res est, nempe rem esse suam. Quapropter pacisci, ut servitus sit alicuius, & tamen non liceat hoc ipsum dicere, quasi eius non sit: aperte pactio est contra naturam, negans postea id quod prius posuerat. Quæ si ita sunt: apparet quod ante posui, qua ratione fit, ut servitus ad tempus constitui non possit, quia semel constituta & tempore non finita fieri non potest, quin sit nostra, eoque & a nobis possit vindicari: eadem plane ratione fieri, ut ex die aut sub conditione non possit constitui, quin ante tempus iure vindicetur; quia scilicet & ante tempus fuerit constituta, eoque & facta prædii. Quam proinde vindicari posse necesse est.

XIII. Ex quo & illud iam potest intelligi non esse mirum, si servitus ex die aut sub conditione promissa, ut res alia quævis, ante diem aut conditionem peti non potest: constituta autem adiecto die aut conditione, in quæ usus differatur, non possit ante peti & vindicari. Differentiæ ratio expedita est. Actio enim in personam de re debita, est ex conventione. Actio in rem de re constituta & nostra, est ex dominio nostro. Quod ex conventione est, non potest locum habere contra conventionem. Quod ex dominio nostro, id non modo recte habetur pro iure dominii, quanvis secus convenerit: sed etiam convenire, ne habeatur, naturæ dominii ac proinde iuri adversatur. Quam ob caussam & pactio est inutilis, *d. L. penult. D. de pact.* Sed hæc ita sunt, inquit Papinianus, ipso iure. Ceterum si quid horum adiicietur, pacti vel doli exceptione occurretur contra placita servitutem vindicanti. Significat superiora inutiliter adiici iure civili, quia nihilominus hoc iure & ante tempus & post tempus præfinitum servitus constituta possit vindicari. Sed adiici utiliter eo iure, quo placet conventionem ita servari, ut vindicatio exceptione summoveatur. Id ius prætorium est, cautum edicto de pactis, quo placet omnem conventionem quatenus iuri non refragetur, inter privatos de re privata & familiari servari. Valere autem si non ad actionem, at semper ad exceptionem, qualis desideratur in hac specie, *d. L. iuris gentium, §. sed cum nulla, & §. quinimmo, D. de pact. L. in bonæ. C. eod.* Hinc adversus vindicationem servitutis iure civili constitutam comparata exceptio vel pacti, vel doli mali. Pacti, quia convenit, ne ante diem, aut post diem servitus peteretur. Doli mali, quia dolo facit, quicumque id petit, quod quavis exceptione elidi potest. *L. 2. §. & generaliter, D. de dol. mal. exc.*

XIV. Quid est ergo ipso iure? Iure civili, utpote quod distinguitur a iure prætorio iuxta divisionem iuris traditam in *L. ius autem, D. de iust. & iur.* Atque ita usurpatur ius ipsum, quoties a prætorio secernitur, ut sæpe alias in usu iuris. Ut *L. in caussæ, 2. D. de min. L. si usufructus, §. illud, D. usuf. quem. cau. §. actiones autem, Inst. de act.* Ipsum ius per excellentiam, quasi dicas ipsum illud ius, quod vere & proprie ius est. Id autem est ius civile. Nam prætorium magis ab initio conniventia populi Romani ius fuit, quam prætorum auctoritate, qui condendi iuris potestatem non habuerunt. Quod indicatur in §. *quos autem, Inst. de bon. poss.* Atque hinc natum, quod ius prætorium dictum est viva vox iuris civilis in *L. nam & ipsum, D. de iust. & iur.* Vox, quia interpretatio: dum hoc significatur interpretandi magis iuris civilis caussa admissa edicta præ-

prætorum, quam condendi. Sed de vario usu & significatione horum verborum, *Ipso iure*, scripsimus in universum, & ex professo ad §. *actiones autem*, in extremo. *Inst. de act.*

XV. Atenim quomodo in proposito servatur pactio adversus ius civile: cum dicimus edicto ipso pactionem, quæ sit contra ius, non servari? Non sane hic servatur, quatenus adversatur iuri civili, sed quatenus non adversatur. Illud contra ius est, ne liceat domino intendere rem suam esse, quæ vere eius est, id est, uno verbo, ne liceat ei rem suam vindicare. Quo fit, ut id effici non possit conventione, ne ex edicto quidem prætoris. Sed non est contra ius pacisci, ne dominus iure suo, & sua vindicatione utatur. Et hactenus diei adiectio in constitutione servitutis est utilis. Valet enim, non ut ne sit vindicatio servitutis ei, cui constituta est; sed ut si vindicatur contra placita, id est, ante aut post diem, vindicatio exceptione pacti, vel doli mali repellatur.

XVI. Etsi autem servitute ita ex tempore aut ad tempus constituta, non potest ea vindicari utiliter ante aut post tempus constitutum propter exceptionem: non tamen inutile est nosse ipso iure eam utroque tempore vindicari posse, & hactenus adiectionem temporis esse inutilem, quod Papinianus tradidit, & in quo explicando laboratur. De cuius differentiæ usu etsi alias copiose scripsimus ad *L. 5. C. de pact.* tamen cum inciderit utilitas huius loci, nihil vetabit, quod illic in genere scriptum est, ad hanc speciem paucis accommodare, quo sententia Papiniani hoc loco paulo obscurior magis illustretur. Prodest vero id intelligi, quod dixi, ad tria.

XVII. Primum, ut norimus exceptionem istam, quæ iure prætorio datur, initio in lite contestanda opponendam esse. Alioqui futurum, ut procedat vindicatio adversus eum, qui neget servitutem constitutam. Sic est conditio exceptionum; ut prosint in iudicio, & actionem summoveant, initio eas contestari oportet. *L. siquidem*, *L. præscriptionem*, *C. de exc.* Deinde ut servitute ex die aut ad diem constituta, si forte convenerit postea, ut ea ante aut post diem uti liceret, sciamus iam tum servitutem utiliter & ante & post diem posse vindicari; quod alioqui hac conventione effici non potuisset. Nam si constitutione servitutis statim & perpetuo nata est, licet ea iure quandoque experiri. Cui si obiicitur exceptio prioris pacti: exceptio posterioris pacti replicatione elidetur, atque ita fiet, ut vindicatio prius iure constituta, etiam æquitate pacti defendatur. Placet enim pacta novissima servari. *L. pacta novissima, C. de pact.* sic autem in universum servari omnia, ut prosint saltem ad exceptionem. *L. in bonæ*, *C. de pact.* *L. iurisgentium*, *§. sed cum nulla*, *D. eod.* Proinde & si opus est, ad replicationem; quoniam replicatio nihil aliud est, quam exceptio actori competens. *L. 2. §. 1. D. de exc.* Quod si fingeremus, servitute ex tempore constituta, diem ipso iure utiliter adiici, eoque servitutem ipso iure ante diem vindicari non posse: quantumvis conveniret postea, ut statim servitute uti liceret, inutilis esset conventio, neque liceret ullo modo servitutem ante vindicare. Non enim liceret ex priore constitutione, cum fingeremus diem ipso iure utiliter adiectum; neque rursum ex conventione posteriore, quia ex pacto non nascitur actio. *L. legem*, *C. de pact. d. L. iurisgentium*, *§. sed cum nulla*, & *§. quinimmo D. eod.* Postremo quod exceptione tantum pacti hic vindicatio removetur, hunc effectum habet huius speciei pene proprium, ut si prædium, cui servitus imposita est sub conditione, aut ad conditionem, interim sit usucaptum, exinde confirmetur vindicatio ei, cui servitus constituta est, adversus eum, qui usucepit: ut cui pactum prodesse non possit cum alia persona interpositum, cui non successit. *L. si unus*, *§. pacta*, in fi. *D. de pact.* Nam alioqui pactum cum auctore factum etiam successori eius prodest, puta emptori, & donatario, quod cum venditore aut donatore interpositum sit. *L. si tibi*, *§. pactum*, *D. de pact.*

XVIII. Quod ergo dicitur regula iuris, nihil interesse, utrum quis ipso iure actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* De eo dicitur, & vere, qui exceptione usus est. Quod ne fiat, tribus his modis accidere potest. Nam primum potest exsistere is, cui exceptio pacti cum alio interpositi non competat, ut in specie tertia superiore. Potest etiam ab eo, cui competit, iudicio omitti. Potest denique & exceptio ipsa in iudicium deducta novissimi pacti contrarii ante litem contestatam interpositi replicatione infirmari. Quibus in caussis non obstat regula superior, quominus plus sit in eo, quod ipso iure non valet, quam in eo, quod ipso iure valet, sed per exceptionem infirmatur.

XIX. Atque hoc ita ius est in servitutibus, ut loquitur Papinianus in *d. L. 4.* de

de servit. id est, in servitutibus prædiorum, quæ, ut ante aliquoties diximus, ita specialiter per excellentiam appellantur: ut pote vere servitutes, quæ semel constitutæ prædio cohærent, & prædium sequuntur, fiuntque, ut prædium perpetuæ: *L. via*, *§. si fundus*, *D. de serv. rust. præd. L. cum fundus*, *D. com. præd.* cum personales servitutes una cum persona extinguantur, præter alios multos modos, quibus finiri eas placet. Superius ergo ita ius est in servitutibus prædiorum. In usufructu omnia contra observantur.

XX. Ususfructus ex die constitui potest. *L.* 4. *D. de usuf.* & quidem ita, ut quanvis constitutus sit ex die certo, tamen non modo peti & vindicari non possit ante diem ipso iure, sed nec ante ipso iure debeatur. *L.* 1. *§. ult. D. quand. di. usufr. leg. ced.* Iure non modo a servitutibus prædiorum diverso, sed etiam præter naturam omnium obligationum semel constitutarum. *L. obligationum*, vers. *placet*, *D. de obl. & act.* Cur hæc tam varie; & cum in omnibus his eadem sit constitutio, & conventio contrahentium diem adiicientium; cur in eadem caussa idem non recipitur effectus, in eadem ratione non ius idem, contra omnem æquitatis rationem? *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Recte hoc quæreretur, atque adeo reprehenderetur etiam, si quidem hic caussæ essent similes. Sed longe alia caussa est constituti usufructus, alia cæterarum servitutum. Atque adeo cæterarum rerum etiam in obligationem dumtaxat deductarum: ut hic non conventio & constitutio istarum rerum dissimilitudinem faciat, sed res ipsa constituta. Ususfructus ex die constitutus eiusmodi est, ut non possit ullus esse ante diem natura sua. Etsi enim & ipse est servitus, eoque & ius, ut servitutes prædiorum: ius est tamen in faciendo consistens, id est, utendo fruendo: ea lege, ut prius non sit, non constituatur, nec prius dies eius cedat, quam quis frui possit. *d. L.* 1. in prin. & *§.* 1. *D. quan. di. usufs. leg. ced. L. hereditas*, 2. *D. de acq. rer. dom.* At cum is ex die constitutus est, fructuarius ante diem frui non potest. Facta enim futura ut natura, ita & iure suspendi possunt, ne scilicet prius id facere liceat, quod in diem dilatum est, quam dies faciendi constitutus venerit. Unde & re aliqua ex die promissa, etsi obligatio, quæ iuris est, constituitur statim: petitio tamen, quæ est facti, recte in eum diem differtur. *d. L. cedere*, *de verb. sign. d. L. centesimis*, *D. de verb. obl.* Et generaliter actus viventium suspendi receptum esse Paulus scribit in *L. ult.* in fin. *com. præd.* Quare ususfructus ex die constitutus, etiam si maxime fingeremus verbis ipsis constitutionis usum tantum eius iuris in diem dilatum esse, tamen ante eum diem, quo persona frui potest, nullus est.

XXI. Ea res facit, ut nec possit vindicari, qui non est. Neque enim ulla vindicatio esse potest eius rei, quam is, cum quo agitur, nec possidet, nec dolo malo desiit possidere. *L. qui petitorio*, in pr. *D. de rei vind.* Idque ius & in confessoria de usufructu actione observatur. *L. ult. D. si ususfr. pet.* Eadem res facit, ut nec debeatur ususfructus ante diem constitutum. Nam & in obligationibus ipsis rerum constituendis hoc obtinet, ut res futuræ, quæ in rerum natura non sunt, promissæ aut legatæ debeantur non in diem tantum, sed sub conditione, si in rerum natura esse cœperint; veluti cum fructus fundi promittuntur aut legantur. *L.* 1. *§. ult. D. de cond. & dem* Quod autem debetur sub conditione, ante quam conditio exstiterit, nec debetur. *d. L. cedere*, *de verb. sign.* At servitus prædii constituta ex die, etiam ante diem consistit, & prædio cohæret. Non enim consistit in facto personæ, id est, utendo; sed in iure prædii: quod semel constitutum statim acquiritur prædio, cuius caussa constitutum est; & cum in eo consistat, non exspectat utentis factum, ut ex illo esse incipiat. Si servitus ex die constituta etiam ante diem prædio quæsita est, & ei inhæret: fieri non potest, quin ut prædium ipsum, sic servitus, quæ prædii est, possit iure ab eodem domino vindicari, ut supra ostendimus.

XXII. Plus habet dubitationis, quod placet usumfructum ad tempus constitui posse, ut qui iam ante ab initio recte constitutus erat, & cœperat, tamen ipso iure tempore finiatur. Nam ne obligationes quidem, si ad tempus constitutæ sint, quanvis constet esse personales, tamen tempore finiuntur. *d. L. obligationum fere*, vers. *placet*, *de obl. & act.* Cur ergo magis finiatur ususfructus ad tempus constitutus, etsi hunc personæ cohærere fateamur? Reddidi iam supra huius rei rationem, cum de amittendo usufructu ageretur. Sed quod ad explicandam harum rerum differentiam pertineat, vera illa & certa ratio est, eadem quæ supra, quod ususfructus consistit in facto personæ, id est, in fruendo. Facta ut suspendi possunt in

in diem, ne ante sit faciendi facultas: ita & ad diem constitui, ut tantisper facere liceat; post diem autem faciendi facultas desinat. Quocirca ususfructus ad tempus constitutus, post tempus finitur; quia factum fruendi desiit, sine quo non est ususfructus. Finitur autem non tempore, sed interitu rei, ut suo loco diximus. Contraria natura servitutis prædii. Hæc cum fit in iure prædii, ita prædio cohæret, ut quemadmodum prædium perpetuum est, ita & servitus huic inhærens [6] sit perpetua: nisi dum ipsa consistet, & erit in rerum natura, tempore solo, id est, pactione, quæ tempus statuit, finiatur. Quod non placuit. *d. L. obligationum*, vers. *placet, de obl. & act.*

XXIII. Hoc iure posito, diem servitutis constitutioni ipso iure adiici non posse, quin & ante & post diem servitus possit vindicari: quæsitum est de modo servitute utendi, num & is servitutibus non possit adiici ipso iure: ut quod iuris est in die, idem sit & in modo. Et placuit non idem iuris esse. Diem supra negaverat Papinianus servitutis constitutioni adiici posse. De modo ita subiicit in *d. L. 4. §. modum, D. de servit.* modum servitutibus adiici posse constat: servitutibus, id est, servitutum constitutioni. Veluti in itinere, ut quis eat pedes, non equo vectus: in actu, ut certa pecora transducantur; in via, ut certo genere vehiculi quis utatur; in aquæductu, ut quis aquam ducat tubulis, non rivo aperto, aut contra: quibus exemplis ex parte ille utitur in *d. L. 4. §. modum.* Hæc cum dicat Papinianus adiici posse servitutibus, significat utiliter adiici ipso iure, id est ita, ut nec ipso iure liceat alio modo servitute uti, aut eam vindicare, contra quam prius in die adiecto responderat. Cur ergo hoc aliter fit in modo, quam in die? Quia servitus ex die aut ante diem constituta, etiam ante & post diem constituta intelligitur, ut docuimus. Constituta autem ad certum modum, ultra eum modum non constituitur. Nam cum concedo tibi ire pediti, non concedo ut equo eas. Cum concedo, ut illo genere vehiculi utaris, non concedo, ut alio; quin potius cætera prohibeo. Itaque ultra modum constitutum non est servitus. Eiusque rei certum argumentum est, quod cui ad certum modum servitus constituta est, si alio modo tantum sit usus, placet eum servitutem non utendo amittere. *L. is cui, 11. L. si communem, 10. §. ult. D. quem. ser. am* Quod sane non alia ex re fit, quam quod alio modo utendo non est usus constituta & sua servitute. Porro contra ius est, servitutem recte constitutam, quæ cum prædio nostra facta est, non licere nobis ut nostram vindicare. Non est contra, sed maxime secundum ius, servitutem, quæ nostra non est, quia non est constituta, vindicari non posse.

XXIV. Hac differentia inter diem, & modum servituti adiectum constituta, quæsitum est de intervallis temporum servituti adiectis, referri ne debeant ad tempus, an vero ad modum, ut hinc quoque de effectu iuris iudicetur. Ut puta, servitus ita constitui potest, ut aquam per fundum meum tibi ducere liceat certis horis diei, non continenter: interdiu, non noctu, vel alternis diebus, æstate, non hieme, aut contra. *L. via, 5. §. 1. de serv. L. si sic constituta. D. quem. ser. am. L. 2. D. de aq. quot. & æst.* Quæritur in his constitutionibus & similibus, utrum servitus tempus habeat, quale de die prius diximus, an vero modum, de quo proxime: scilicet ut si videatur hæc adiectio ad tempus pertinere, efficiatur etiam servitutem aliis temporibus ipso iure vindicari posse, qualem diei adiecti conditionem esse diximus. Contra si videatur pertinere ad modum, ne liceat servitutem alio modo vindicare, quod de modo dictum est. Et Papinianus de eo rursum ita definit in *d. L. 4. §. ult. de serv.* Intervalla dierum & horarum non ad temporis caussam, sed ad modum pertinent iure constitutæ servitutis. Ad temporis caussam, id est, ad tempus: caussa temporis, pro specie temporis. Ut caussa beneficii & contracti negotii, pro beneficio & negotio contracto in *L. interdictum, D. de prec.* Est autem hæc sententia: servitus ita discreta intervallis temporum ad utendum, ut supra scriptum est, non intelligitur constituta esse ex die aut ad diem: sed ad modum utendi constituta servitute. Sententia eo pertinens, quod dixi, ut intelligatur videlicet, nec alio modo uti servitute, aut eam vindicare ipso iure licere. At repugnant verba ipsa constitutionis, dixerit aliquis, quæ aperte de

6) Hotom. *in L. 5. C. de usuf.* Quæ præsentem qualitatem imponunt, ut prædiales servitutes *L. 98. de V. S. L. 12. si serv. vind.* nec differri, nec tempore finiri possunt *L. 34. de adopt. L. 33. & seqq. de man. test.* Ususfructus autem non ad qualitatem prædii, sed ad ius personæ refertur. Nec igitur dicendum, cum Vult. *ad pr. inst. de Usufr. n. 5* nullam differentiæ rationem fuisse, quam quod Romanis ita placuerit, atque hic exemplum esse *L. 22. de LL.*

de tempore, seu temporibus utendi exprimunt. Sed non facit tempus utendi, ut servitus seu servitutis constitutio tempus habeat, aut, ut loquitur Papinianus, ad tempus pertineat. Illa enim constitutio servitutis tempus adiectum habere intelligitur, quæ tempus habet, quo incipiat, aut finiatur servitus: id est, qua servitus ex die constituitur, aut ad diem, ut supra de die dictum est a Papiniano. Cum autem servitus ita constituitur, ut ea certis temporibus uti liceat, ea neque constituitur ex tempore, neque ad tempus: sed pura est, & perpetua constitutio. Tantum intermedium tempus utendi temperatur. Hoc temperamentum recte dicitur modus constitutæ servitutis.

XXV. Hoc ipsum est, quod aliis verbis traditur in *d. L. via. seq.* §. 1. *de servit.* usum servitutum temporibus secerni posse. Cui non adversatur, quod dicitur in *L. viæ. eod. Tit.* usum servitutum esse indivisum. Dici enim potest, aliud esse usum servitutis dividi, aliud secerni. Tunc dici dividi, cum unus & idem usus dividitur in partes discretas, quæ divisio in usum & factum omne, quod post se nihil corporale relinquit, non cadit, eoque negatur recte in *d. L. viae.* Si quis enim quid facit, in totum ita facit. Si non facit, in totum verum est eum non facere. Tum autem proprie usum dici secerni, cum sunt plures usus, puta plures aquæductiones, plures itiones, in quibus unus usus secernitur ab alio intervallis temporum: quod natura fieri posse manifestum est. Aut si cui hæc distinctio in verbis non placet: hæc certe in re vera est distinctio, secundum quam utrumque recte dicitur, usum servitutis indivisum esse, & rursum dividi posse. Unus & idem usus, puta una itio dividi non potest, ut ante dixi. Plures possunt, quia ex universo illo usu servitutis possunt singulares plures statui; qui constituti iam non dici debent dividi posse; sed natura ita sunt divisi & discreti, ut iam non aliter, quam divisi esse possint. Ne quis autem propterea usum servitutis dividi dixerit. Hic enim si proprie loqui volumus, magis tempora utendi dividuntur, quorum alia in hoc usu distinguuntur ab aliis. Cæterum usus ipsi, puta ductiones, itiones, singulæ in sese sunt indivisæ. Tantum tempora certa assignantur singulis: qua ratione dicuntur ipsæ dividi & secerni temporibus. Atque hoc ius est de conventione, quæcumque est, quæ constituendæ servituti prædii adhibetur.

XXVI. Non est satis conventio ad hanc constitutionem inter privatos. Etiam tradi servitutem oportet exemplo rerum corporalium. Sic tamen; ut quoniam nulla hic vacua & corporalis traditio esse potest; traditionem possessionis sic intelligamus, ut pro possessione servitutis interveniat 7) servitutis usus: pro traditione autem, domini constituentis in eo usu patientia. *L. quoties.* ultim. *D. de servit.* *L.* 1. in fin. *D. de servit. rust. præd.* Aut si cui olim placeret aliud genus alienationis usurpare, adhibebatur in iure cessio, qua res omnes etiam incorporales ut servitutes, optimo iure transferebantur, ut est apud Ulpianum in fragmentis *Tit. de dominiis & acquisitionibus rerum.* Hinc tam crebro legimus apud veteres cessam servitutem pro iure translata & constituta inter privatos. *L. si cui, D. de serv. L. per fundum. L. per quem, D. de serv. rust. præd. L. ult. D. com. præd.* Cessione vetere sublata, de qua suo loco diximus, relinquitur ut in rebus corporalibus transferendis, traditio; quam saltem semper in servitute constituenda intervenire oporteat; usus, inquam, ille servitutis, & domini servientis patientia, quæ pro traditione cedat. Atque hinc maxime illæ veterum dubitationes de his tribus generibus servituum: an possit futuro ædificio servitus imponi, aut acquiri: an possit constitui hæc servitus, ut aquam quærere in alieno, & inventam ducere liceat: an etiam hæc, ut simpliciter liceat inventam ducere. Et quidem hæc pars efficere videbatur, ne quid illorum dici posset. Nam nec futuri ædificii ulla servitus esse potest, quæ nunc tradatur, nec aquæductus eius aquæ, quæ nondum apparet. Nunc autem ad constitutionem servitutis non prædia tantum exigimus, quorum ab uno debeatur alteri servitus: sed & servitutis traditionem, quæ traditio in servitute, quæ nondum est, intelligi non potest. Receptæ tamen istarum omnium servituum constitutiones: quia & in his tempore constitutionis interveniat eius rei usus, & patientia; per quam ad servitutem perveniatur.

XXVII. Futuro ædificio servitutem imponi & acquiri posse placet. *d. L. si servitus,* §. *ult. de servit. urb. præd.* Ac de eo supra respondimus, quod tribuere hic videmur imponendæ aut acquirendæ ser-

7) De acquisitione quasi possessionis huius vid. Coras. *ad d. L. ultim.* (illi penult.) *h. t. n.* 10. *& seq.* Padilla *ad L.* 2. *C. h. t. n. priorib.* Menoch. *de Arb. Ca.* 160. *& seq.* adde *N.* 6. *L.* 5. *C.* 6.

ſervitutis facultatem iis, qui prædium non habent, contra *L.* 1. *D. com. præd.* §. *ideo. Inſt. de ſervit.* diximuſque etiam hic & qui imponunt, & qui acquirunt, imponere & acquirere prædio ſuo & præſenti. Quia intelligi debeat ſervitus imponi & acquiri areæ, in qua ædificium futurum ſit, a qua deinde ſervitus transſeat ad ædificium, cum extructum erit. Sed quæ huius ſervitutis futuræ traditio eſſe poteſt, etiam ſi maxime præſens ſit area? Res ita tranſigetur. Qui imponere volet areæ ſuæ, ac per aream futuro ædificio, is vicinum inducet in aream hoc animo, ut iam nunc affectam futura ſervitute aream habeat. Qui autem futuro ædificio ſuo volet acquirere, is in vicini ædes aut vicinum prædium, quod ſervitutem debiturum eſt, inducetur hoc animo, ut iam nunc id prædium futura ſervitute obſtrictum habeat. Hæc inductio in locum ſervientem futuræ ſervitutis cauſſa, & domini ad eam rem patientia, uſus eſt & patientia præſentis rei, & tamen futuræ ſervitutis cauſſa.

XXVIII. Hoc exemplo & illam ſervitutem conſtitui poſſe placuit in futura aqua, quæ nondum apparet, ut aquam quærere & inventam ducere liceat. *L. Labeo, D. de ſer. ruſt. praed.* At traditionem quærimus. Et hic inducetur is, cui ſervitus quæritur, in fundum eo animo, ut illi ius ſit fodiendi & aquæ quærendæ gratia. Atque hic uſus fundi, & domini patientia ad eam ſervitutem quærendam deſtinata, eius ſervitutis traditio eſt. Eſt enim traditio eius rei, per quam ad ſervitutem pervenitur; quod eodem redit. Sed quoniam præſens foſſio eſſe poteſt ad aquæductum quærendum, eoque & eius foſſionis traditio, Labeo nihil abſurdi putabat [8] ſuperiorem ſervitutem ita conſtitui. Illam negabat poſſe, ſi ſimpliciter aquæductus conſtitueretur ex ea aqua, quæ nondum appareret, ut refertur in *d. L. Labeo, de ſervitut. ruſtic. præd.* & *L. ultim. D. ſi ſervit. vind.* nempe ideo, qui a futuri aquæductus nulla traditio eſſe poſſet; nihil autem hic amplius conſtitueretur quam aquæductus. Quem Paulus utroque in loco reprehendit hac ratione, quod ſi conſtitui poteſt, ut quærere liceat, etiam ut inventa ducatur, poteſt conſtitui. Recte: nam nec in aqua quærenda poteſt tradi ductus eius aquæ, quæ non eſt. Sed traditur aliud, ex quo ad aquæductum pervenitur. Sic & in ea, quæ poſtea inventa erit, ducenda, non tradetur poſſeſſio aquæductus, ſed tradetur iter ductus, cuius uſus & in eo domini tradentis patientia pro traditione aquæductus futuri cedet, quia iter hoc ad illam ſervitutem paratur. Et de itinere ductus ſcripta eſt *L. ultim. ſi ſervit. vind.*

CAP.

8) Senſus noſtri hic videtur: Si coniunctim conſtitueretur ius aquæ quærendæ & inventæ ducendæ, Labeonem admiſiſſe ſervitutem, quia hic traditio fieri poſſit iuris fodiendi & inveſtigandi. Sin vero ſeparatim, ut aquam, quæ nondum inventa, nulla eius quærendæ mentione facta, ducere liceret, non admiſiſſe. Recte opinor. Licet aliter Govean. 1. *Var. Lect.* 17. iter aquæ *d. L. ult.* ab aquæductu *d. L.* 10. ſeparans & ita pugnam dirimens. Differre hæc probat, quia ex meo fonte tibi aquam cedere poſſum, licet per meum prædium iter aquæ tibi non dem, Hotom. 8. *Obſ.* 13. Labeonem negare *d. L. ult.* quod iter id eſt, rivus concedi poſſit, quia rivus certo in loco fundi conſtituendus. Incertum autem adhuc ubi aqua inveniatur, quæ forte pluribus locis exquirenda. Et Vult. *ad* §. 3. *l. h. t. n.* 4. de ſervitute ipſa loqui *d. L.* 10. quæ ex fictione iuris eſſe poſſit. De itinere vero *d. L. ult.* id eſt loco per quem aqua ducitur, qui ſine fundo eſſe nequeat. Quod qui ad rem faciat non video. Neque enim in *d. L. ult.* deeſt fundus cui iter quæratur, ſed aqua quæ per illud eat.

CAP. XI.

De usucapione servitutum. Non aliquas tantum ex his usucapi posse, sed omnes tam rusticorum prædiorum, quam urbanorum. Et refutatus hic vulgaris error dividentium servitutes in continuas & discontinuas: in illis usucapionem recipientium, in his repudiantium. Omnes servitutes continuam possessionem habere; Omnes pariter usucapi. Et de locis in speciem contrariis abunde responsum.

I. ET sine alia constitutione servitus nostro usu & possessione acquiri potest, & uno verbo velut usucapi. Sed neque hoc certum usquequaque: & si certum sit, non tamen eodem modo usucapiuntur servitutes, ut res corporales. Quare utraque harum rerum facit, ut amplius & separatim de usucapione servitutum cognoscendum sit. Atque hic cognoscendi locus.

II. De ea usucapione tres sunt quæstiostiones. Prima, an omnino servitutes usucapi possint. Altera, si possunt, an omnes. Tertia, si quæ possunt, quomodo usu acquirantur.

III. An servitutes ullæ simpliciter usucapi possint, dubium fecerunt contrarii in speciem de hac re scripti loci, & natura usucapionis. Servitutes in universum usucapi non posse, effectum est lege [1] Scribonia. *L. 4. §. ult. D. de usuc*. Quæ & sententia compluribus locis a veteribus usurpata legitur in Pandectis, ut Paulo, Caio, Ulpiano, *L. servitutes prædiorum*, in pr. *D. de servit. L. servus*, §. *incorporales*, *D. de acq. rer. dom. L. si aliena*, 10. §. *hoc iure*, *D. de usuc*. Et ratio ac natura usucapionis id suadet. Nam usucapio ut procedat, inter alia duas res maxime desiderat, possessionem eius rei, quam usucapere volumus, & eius possessionis continuationem per tempus lege con-

1) Quam plebiscitum fuisse vult Cuiac. *in L. 4. §. ult, de usuc. in fin*. Cic. in *Bruto*. L. Scribonii Trib. pl meminit. Sed Rævardo *Lib ad L. Scribon. C* 1. videtur hæc lex Consularis, cuius auctor L. Scribonius Libo; qui Consul tempore Tiberii Collega Statilii Tauri, cuius mentio Dioni *Lib*. 57. Sed nom ante Legem Scriboniam usucapi potuerunt? Ita vult Cuiac. *d. loc. per. d. §. ult. v. sustulit*. Ræv. *d Lib. C*. 2. potuisse non ex sui natura & vere, sed quadam fictione ex prudentum auctoritate. Quod *C*. 3. confirmat auctoritate Senecæ 6. *de Benef*. 5. & Cicer. *pro Cæcina*. Qui tamen loci parum ad rem mihi facere videntur, maxime prior. Lata autem lege Scribonia, usucapionem servitutom civilem, (quam itidem biennalem fuisse vult, ex loco Aggeni Urbici *in Frontinum*: exolevisse, jo eiusque locum longi temporis acquisitionem successisse, scribit, ibid. *C*. 5. Hotom. 4. *Obs*. 2. *in fin*. Usucapionem servitutoin lege 12. Tabb. nominatim de corporibus scripta, non permissam; prava & inveterata consuetudine, quæ ius faceret, inductam; abrogatam deinde lege Scribonia. Sed Rob. 4 *Sent*. 8. Lex Scribonia, ait, sustulit servitutum usucapionem, non, quod ante usucapi potuerint, sed quia definivit non posse usucapi, eo quod iuris regulæ, ac natura usucapionis impediant. Obiic. At libertas usucapi semper potuit; contrariorum autem eadem ratio. Resp. Robertus: Diversitas inde: Negligentia continua esse potest, diligentia & usus nequit: deinde non vera est usucapio libertatis, nam nec bonæ fidei, nec titulum requirit, sed receptio ex amissione servitutis per non usum. Quod non usquequaque admittendum, vide *infra C. ult* Putat Cuiac. *d. lo*. Scriboniam legem ad solas servitutes urbanas pertinuisse, quia & in illis solis usucapio libertatis, & per *L*. 14. *h. t*. in verbis, *idem observatur* scilicet non ex superiori ratione, sed ea lege Scribonia. Sed id refellit Ræv. *d. Lib. C*. 6. & ea omnium usucapionum sublatam, Coras. 5. *Misc*. 5. *n*. 4. & ad *L*. 14. *h. t. n*. 24.

constitutum. Sine possessione usucapio non contingit. *L. fine, D. de usuc.* & usucapio definitur, acquisitio per continuationem possessionis. *L. 3. D. eod.* At prius non admittunt servitutes, posterius pleraeque. Prius certum. Incorporalia namque possideri non possunt. *L. 3. in pr. D. de acq. poss.* Servitutes autem res sunt incorporales. *Inst. de reb. cor. & incorp.* quam etiam ob caussam dicuntur usucapionem non recipere in *d. L. servus, §. incorporales, de acq. rer. do.* Sed nec omnes servitutes videntur habere continuam possessionem, quales sunt praediorum rusticorum, ut iter, actus, via; quoniam nemo perpetuo & continenter ire potest. Quo fit, ut etiam hac de caussa usucapi non possint. Et utramque hanc rationem complexus est Paulus in *d. L. servitutes praediorum, de servit.* explicans videlicet legem Scriboniam, quam idem commemorat in *d. L. 4. §. ultim. de usuc.* Ex adverso aliis locis compluribus traditur servitutem longo usu & longo tempore acquiri, si quis servitute usus sit nec vi, nec clam, nec precario. *L. si quis diuturno, D. si servit. vind. L. 1.* in fin. *D. de aq. pl. arc. L. 1. & 2. C. de servit. L. ultim.* in fin. *C. de praescr. long. temp.*

IV. Ad haec concilianda illud statim videtur recte dici posse, legem Scriboniam, & veteres illos, qui ex ea lege negarunt servitutes posse usucapi [2] sensisse de usucapione suorum temporum. Nam de alia sentire & loqui quomodo potuerunt? Iam vero illis temporibus, & in universum ante tempora Iustiniani, & legem eius, quae est de usucapione transformanda, usucapio usitata in praediis & Italico solo fuit biennii. *L. unica, C. de usucap. transform. Instit. de usuc.* in princip. Quo sensu & lex Scribonia, & veteres illi hoc dicere intelliguntur, servitutes non posse usucapi biennio. At isto modo iam illi alii loci, quos in contrariam sententiam citavimus, nihil contrarii dicere reperiuntur: utpote in quibus omnibus dicitur quidem servitus usu acquiri, sed non nisi usu longo & diuturno, longa & diuturna possessione. Longa autem possessio & diuturna est decem annorum inter praesentes, & viginti inter absentes, *d. L. unica, C. de usucap. transform. L. super, C. de praes. long. temp. L. si cum fideicommissa, §. Aristo, D. qui & a quib. manum. lib. non fi.* Et esset in primis expedita haec responsio ad conciliationem, si quidem inhibita servitutum usucapione, nihil amplius diceretur, aut intelligeretur, quam non posse usucapi biennio. Sed non hoc tantum simpliciter dicitur, eas usucapi non posse, ne quis statim ex sententia scriptorum biennium interpretetur: verum in *d. L. si aliena, 10. §. hoc iure, D. de usuc.* diserte scriptum est, hoc iure nos uti, ut servitutes per se nusquam vel longo tempore capi possint. Quod iam plane superioribus locis etiam in tempore usucapionis adversatur. In quo augetur etiam [illegible] ex persona auctoris. Ulpianus est enim, qui posterius hoc scripsit. Qui tamen idem auctor est *L. si quis diuturno, D. si servit. vind.* ubi scribit, si quis aquam duxerit longo tempore nec vi, nec clam, nec precario, eum longo usu & longa quasi possessione ius aquae ducendae nactum esse, id est, ut aliis verbis explicatur in *L. 2. C. de servit.* servitutem aquaeductus tempore quaesisse. Huc accedit, quod etsi nusquam alibi negaretur servitus longo tempore capi posse: sed tantum simpliciter diceretur non posse usucapi; tamen in huius sententiae interpretatione impediret nos voluntas Iustiniani, qui profitetur, se omnia veterum scripta relata affirmanter in Pandectas sua facere, & perinde accipi velle, quasi a se scripta. *L. 1. §. omnia enim, L. 2. §. tanta, C. de vet. iur. enucl.* Iustinianus autem cum de usucapione rerum loquitur, intelligi vult usucapionem secundum formam suae constitutionis, nempe in rebus immobilibus decem annorum inter praesentes, & viginti inter absentes. *Instit. de usucap.* in princ. Idemque in servitutibus exemplo rerum immobilium. *L. ultim.* in fin. *C. de praescr. long. temp. L. 2. C. de servit.* Quibus rebus efficitur, ut quibuscumque in locis traditur simpliciter servitutes usucapi non posse, non debeamus dubitare, quin sive ex veterum, sive ex Iustiniani sententia ita sit accipiendum, ut nec longo tempore capi possint.

V. Quid ergo relinquitur ad conciliationem? Id quod illi ipsi loci ostendunt, qui sunt scripti de servitute longo usu acquirenda. Non enim in illis dicitur usu longo imposita servitus, sed velut iure imposita; non servitus quaesita, sed quasi servitus: & quod idem valet, longi temporis

2) Et ita Cuiac. *ad L. 4. §. ult. de usuc.* Raev. *ad L. Scribon. C. 5.* Pac. 3. Q. 53. ac fere Hotom. 4. *Obs* 2. (qui tamen 8. *Obs.* 10. hanc distinctionem Saliorum carmen vocat) A. Guib. *Lib. QQ. Cap.* 18. *n.* 11. *& seqq.* Vult. *in pr. I. de usuc. n.* 23. A. Fab. 19. *Coniect.* 9. *&* 10.

poris consuetudo in his vicem servitutis obtinere: ideo & in eam. rem utilis esse actio, non directa. *L.* 1. in fin. *D. de aq. pl. ar. L.* 1. *C. de servit. L. si quis diuturno, D. si servit. vind.* Quæ omnia declarant ipso iure, seu proprie nullo unquam tempore servitutes usucapi posse, quod prioribus locis traditum est, prohibente scilicet usucapionis natura. Quippe cum usucapio sit rerum possessarum, servitutes autem possideri non possint. At easdem longo usu velut possessas sic acquiri, ut si minus directa actione, quæ ex verbis legis est, vindicari possunt, at possint utili, tanquam servitute iure imposita. Neque hoc alia ex re efficitur, quam ex servitutis possessione; ne quis forte hanc deesse obiiciat contra legem usucapionis. Sane enim servitutes vere possideri non possunt: quam possessionem dum spectamus, recte dicitur; iure eas usucapi non posse. At quasi possidentur, unde quasi possessio aquæductus in *L. si quis diuturno, D. si serv. vind.* Usus enim in his pro possessione est. *L. ult. de servit.* Et quidem eo effectu iuris, ut sæpe in his dicatur absolute servitus possideri. *L. ultim. D. de iti. act. pri. L. servitutes*, in princip. *D. de ser. urb. præd.* Unde & interdicta non quasi possessoria dicta, sed absolute possessoria. *d. L. ult. D. de servit.* Ex quo rursum evenire necesse est, ut quemadmodum longa possessione non acquiruntur, quia hæc possessio in his nulla est, ita contraria de caussa recte dicantur [3] quasi usucapi, quæ & quasi possidentur. Et hæc quidem caussa expressa est in *d. L. si quis diuturno, si serv. vind.* ubi dicitur, ius aquæ ducendæ quæsitum esse diuturno usu & longa non possessione, sed quasi possessione. Qua ratione simul de possessione responsum est, quam negabamus in servitutibus intervenire. De continuatione possessionis sequenti loco dicetur.

VI. Possunt ergo servitutes longo usu ita acquiri, ut proposuimus. Quæ acquisitio etsi vere & subtili iure usucapio non est: quia tamen iustæ usucapionis vim habet, & servitus hoc modo iure non constituta, tamen pro iure constituta habetur: liceat nobis in hac caussa sic uti verbo usucapionis, ut etiam servitutes ista possessione usucapi dicantur. Nam & in *L.* 2. *C. de servit.* dicuntur absolute tempore acquiri, eadem plane significatione.

VII. Sequens quæstio est, postquam constat servitutes saltem aliquas usu acquiri posse, an possint omnes, tam rusticorum, quam urbanorum prædiorum.

VIII. Et hic animadvertendus est vulgaris [4] interpretum error, qui ad nostram usque ætatem invaluit, & lubrico lapsu pervasit etiam in mores regionum. Illi decepti ratione Pauli, quæ est in *L. servitutes prædiorum D. de servit.* de quibusdam servitutibus, quarum non videatur esse continua possessio: dum in verbis hærent, nec rem ipsam, & totam sententiam eius loci expendunt, induxerunt hanc divisionem, & sententiam de servitutum usucapione, ut dicerent servitutum quasdam esse continuas, quasdam discontinuas. Continuas, quæ continuam possessionem haberent, ut sunt servitutes urbanorum prædiorum: veluti tigni immittendi in parietem vicini, aut immittendi stillicidii in ædes aut aream vicini: quæ semel immissa perdurant, & hac possessione servitutes hæ retinentur. *L. servitutes, D. de serv. urb. præd.* Discontinuas, quæ non haberent continuam possessionem, veluti iter, de quo scriptum est in *d. L. servitutes praediorum, de servit.* neminem tam continenter, tamque perpetuo ire posse, ut nullo momento videatur interpellari eius possessio. Continuas longo usu acquiri posse, qualem esse volunt aquæductum, de quo in *L. si quis diuturno, si servit. vindic.* & *L.* 2. *C. de servit.* Discontinuas non posse, veluti iter, *d. L. servitutes prædiorum, de servit.* Hæc sententia nostra ætate a doctis viris animadversa, ab omnibus prope uno ore improbata est. Tentata pri-

3) Ita & Connan. 4. *Comm.* 10. *n.* 11. Temporis præscriptionem vice servitutis fungi & *C.* 12. *n.* 16. coniecturam duci ex diuturno usu, sciente & patiente domino fuisse iure impositam, & eodem modo Rob. 4. *Sent.* 8. Duar. 1. *Disp.* 34. *& ad L.* 14. *h. t.* & in *priore Comm. de Usuc. & in poster. C.* 3. quia quasi possessio quasi usucapio inde, quia vetustas possessionis vice legis, *L.* 1. §. *ult. de aq. pl. arc.* & actio utilis ac quasi servitus, P. Gragian. *Paradox. C.* 46. Charond. 1. *Verisim.* 5. Coras. 5. *Misc.* 5. *n.* 5. & ex eo Io. Hennequin. *in not. ad Accurs. in L.* 2. *C. h. t.* non veram ac propriam servitutem esse, quia deretur actio directa; dici autem quod acquiratur longo tempore *d. L.* 2. considerato effectu. Et P. Gilken. *de Præscript. P.* 2. *Membro* 1. *C.* 10. *n.* 12. *& seqq.* scribit magis iure præsumptionis, quam præscriptionis acquiri. Male autem Govean. 1. *Var. Lect.* 14. non usucapi servitutem, ideo quia non sint in bonis *L.* 1. *de us. leg.* (cuius longe alius sensus) tempore autem acquiri, id est tempus esse modum acquirendi, sicuti pactum, stipulatio, legatum. Nam nuspiam hic modus ita relatus, & tempus nullius rei acquirendæ modus! *L.* 44. §. 1. *de O. & A.* In usucapionibus enim dominium lex adducit, non tempus. M. Lyclama *Lib.* 2. *Membr. ecloga.* 6.

4) Martin. Laudens. *in Repet. L.* 14. *h. t. n.* 2. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 19. *n.* 4. servitutes discontinuæ præscriptionem immemorialem tribuens, Padilla *ad L.* 1. *&* 2. *C. h.* 7. Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 2. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 84. *n.* 6. Vital. 2. *Var. Lect.* 13. & alii, quos refert Gilken. *de Præs. P.* 2. *Memb.* 1. *C.* 10. *n.* 3.

mum accurate a Longovallio, post deinde & ab aliis conspirantibus sententiis repudiata, ut Barone, Duareno, [5] Connano.

IX. Et merito. Est enim perspicue falsa, sive distinctionem istam spectemus possessionis continuæ & discontinuæ, quam statuunt, sive ius usucapionis, quod negant. Nam quod ad possessionem servitutum attinet: nulla est servitus, cuius non sit [6] continua possessio, cum semel cœperit, similiter ut rerum corporalium: quoniam ut quis usum earum intermiserit, possessio tamen animo retinetur: de quo mox plura. Quod autem attinet ad usucapionem, certo statuere debemus omnes servitutes [7] longo tempore acquiri posse ex æquo: id est, & urbanorum & rusticorum servitutes quascumque. De omnibus generalis definitio est in *L. ult.* in fin. *C. de præscr. long. temp. L.* 1. in fin. *D. de aq. plu. arc.* Quod si res ad speciem conferenda est, ne hoc quidem dubitari debet, quin eæ servitutes, quibus continenter uti non possumus, &, ut isti loquuntur, quarum possessio non est continua, possint similiter longo usu & longa quasi possessione acquiri. Argumento certissimo tres, ususfructus, aquæductus, iter etiam ipsum, quod omnes fatentur in hoc numero haberi. Usumfructum longo tempore usu capi posse. Nominatim scriptum est in *L. ult.* in fin. *C. de præscr. long. tem.* At certe quod de itinere scribit Paulus in *L. servitutes prædiorum, de servit.* Hoc idem constat & in usumfructum competere, neminem scilicet tam continenter, tamque perpetuo frui posse, quin aliquo momento factum fruendi interpellettur. Certe dormiens uti frui dici non potest. Res enim animi est & voluntatis frui. Quod factum in dormientem non cadit. *L.* 1. §. 1. *D. de acq. pos.* In eadem caussa est aquæductus, tametsi illi dissentiunt ad *L. si quis diuturno, si serv. vind.* sed male. Nam ne hic quidem eiusmodi est, ut perpetuo & omnibus horis quis aquam ducat. Id experientia probat sine aliis testibus. Et tamen si testes quærimus in re non necessaria, diserte traditur in *L. si sic constituta, L. aquam, D. quem. ser. amit. L.* 1. in princ. *D. de aq. quot. & æst.* At hunc concedunt omnes longo tempore usu acquiri, quod diserte traditur in *d. L. si quis diuturno, D. si ser. vind. d. L.* 2. *C. de servit.* Ut desint cætera; tamen illorum omnium confessione iter est eiusmodi servitus, quam intelligi volunt continuam possessionem non habere, & ut loquuntur, servitutem esse discontinuam, *d. L. servitutes prædiorum, de servit.* At hoc ipsum iter longo usu non minus acquiri potest, quam aquæductus: quod ita demonstratur. Nulli competit interdictum de itinere actuque privato reficiendo, nisi cui iter debetur, seu qui ius itineris quæsitum habet. *L.* 3. §. *hoc autem, D. de iti. act. pri.* At competit hoc interdictum ei, qui itinere diu usus est nec vi, nec clam, nec precario, quæ & aquæductus usucapiendi ratio est. *L. apparet,* 5. §. *pen. D. eod.* Ergo qui itinere longo tempore usus est, is ius itineris seu servitutem quæsitam habet. Quod si in itinere recipimus; non dubium, quin cæteræ servitutes, quæ magis continuam possessionem habent, eodem usu possint acquiri.

X. Sed movet eos & possessionis ratio, & quorumdam locorum auctoritas; quibus scilicet ad sententiæ suæ confirmationem utuntur. Quam recte, videamus. Possessionis, inquiunt, ratio ad usucapionem hæc est, ut non solum possidere oporteat, quod usucapias; sed etiam continenter possidere, ut ante dixi. Est enim usucapio acquisitio per continuationem possessionis. *L.* 3. *D. de usuc.* Quare si quæ sunt servitutes, quæ continuam posses-

5) Parlador. 1. *Rer. quotid.* 1. §. 8. Bron. 1. *Ass.* 02. Et reprobat eandem A. Fab. 19. *Coniect.* 9. ac in *Cod. Fabriano h. t. Desi.* 3. *n.* 3.

6) Dissentiunt tamen hic Hotom. 4. *Obs.* 2. Coltc. ad *L.* 4. §. *ult. de usucap.* Vital. 2. *Var. Lect.* 14. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 7. *n.* 8 A. Fab. 19 *Conject.* 9. qui admittunt alias servitutes possessionem continuam habere, alias non item, caussam tamen continuam omnes requirere fere dicunt. Aliter Rob. 4. *Sent.* 8. volens quasi possessionem in nulla servitute posse esse continuam. Usus enim ille est quasi possessio, ait, & ita illa quasi possessio non etiam iuris simul est, sicuti vera; sed prorsus facti & non continua, quia factum utendi perpetuum esse nequit. *Ibid.* probat, nec servitutis urbanæ usum semper perpetuum ac sine intermissione, per *L.* 20. §. 2. *V. P.* Quæ & fere Longovallii opinio fuit contendentis omnes servitutes esse discontinuas ratione usus, relata a Coras. *ad L.* 14. *t. h. n.* 4. Sane usum in urbanis quoque non continuum requiri verius omnino videtur. Idque plane probat *L.* 28. *V. P.* Quin & servitus tigni immittendi, cum foramen manet in pariete serviente, quamvis tignum nullum manserit immissum, adhuc utilis, quia quando libet licet immittere, M. Lyclama 2. *Memb.* 8. Neque enim hoc servitus tigni immittendi continetur, ut necesse sit nobis tignum immissum habere, exigente id huius servitutis natura, ut continuus sit usus, sine quo nec exsistat, sed ut cum libet, immittere liceat *L.* 16. *si servit. vind.* Amplius dico hanc & alias eiusdem generis servitutes iam acquisitas esse priusquam usus exerceatur, ut in *L.* 23. §. 1. *V. P. L.* 10. *R. P.* vid. *supra* C. 9. *N.* 12. *&* C. 10. *N.* 8. Nec ideo ob usum non assiduum possessio discontinua, alias quandoque possessio servitutis plane nulla esset. Nec usus simpliciter pro possessione, sed pro traditione eius, *d. L. ult. h. t.*

7) Quod & confirmat Gilken. *de Præscript. P.* 2. *Membr.* 1. *C.* 10. *n.* 12. *& seqq.* vid. de *Usucapione servitutum* præter iam ante laudatos Cæpolla *de Serv. urb.* C. 20. P. Greg. 40. *Synt.* 4. Fachin. 8. *Contr.* 22. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 65. *n.* 6. *&* 7.

sessionem non habent, eogit lex usucapionis, ut quemadmodum nec continenter quasi possideri possunt, sic nec possint etiam quasi usu acquiri. Et hoc verissimum esse agnosco, & perpetuum. Sed hic illorum error est, quod statuunt aliquas esse servitutes, quæ cum semel possideri cœperint, non habeant continuam possessionem. Quod secus est. Ipsum etiam iter, quo quis suo iure per fundum alienum utitur, continuam habet possessionem, quandiu qui id habet, animum eundi non omittat. Non habet quidem continuum usum, quia nemo potest ire perpetuo, & sine intermissione. Sed non eo minus iter possidet, qui corpore suo ire desiit: quia hoc animo est, ut quamvis egressus fundo, velit tamen ius eundi retinere. Possessio autem animo solo retinetur. **§. *possidere*, *Inst. de interd.* L. 3. §. *in amittenda*, L. *clam*, §. *ult.* D. *de acq. poss.*** Neque hoc quisquam ius esse putet tantum in rebus corporalibus possessis. Etiam in possessione servitutum locum habet. Quidni, cum & hic ipse animus in servitutum usu similiter ad retinendum interveniat? Quod ne quis ita esse dubitet, argumento erit interdictum de itinere actuque privato, quod cum ei competat, etiam qui tempore interdicti redditi itinere usus non sit: tamen dicitur esse interdictum tuendæ possessionis caussa. *L.* 1. §. 1. §. 2. *D. de iti. act. priv.* Tuendæ, id est, retinendæ. Sic enim tuetur possessionem prætor, dum ei, qui eam tenet, quominus ita teneat, vim fieri prohibet. Ita fit, ut non retineatur possessio, nisi quæ prius fuit, & nunc etiam manet. Quapropter si is, qui corpore it per fundum suo iure, tantisper dum id facit, iter possidet, ut dicitur possidere: *L. ult. D. de iti. act. pri.* etiam cum exierit e fundo non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus, cum opus erit, sine dubio idem iter nihilominus possidebit, qui animo retinet possessionem. *d.* §. *possidere*, *Inst. de interd.*

XI. Hic obiicitur ab illis dictum Pauli, quo deceptos eos esse apparet, ex *d. L. servitutes prædiorum. D. de servit.* scribit ille diserte, neminem tam perpetuo, tamque continenter ire posse, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Nullo, id est, non aliquo momento. Sed cum certi iuris esset etiam in rebus corporalibus animo retineri possessionem, quod multo citius in incorporalibus, in quibus potissimum animus valet, dicendum sit: erat intelligentium interpretum nunquam dictum Pauli sic interpretari, quasi vellet possessionem omnem itineris cum actu eundi absolute interpellari, nisi quæ necessitas orationis id ita interpretari cogeret. Quid enim? Hic affirmaret Paulus possessionem animo non retineri, contra manifestam & receptam constitutionem iuris, & quam ipsemet posuisset pro explorata in *L.* 3. §. *in amittenda*, §. *saltus*, *D. de acq. pos.*? Nunquam id faceret. Quæ ergo necessitas illos cogebat superius illud dictum Pauli adversus hanc sententiam latam iuris interpretari? Plane nulla. Cum commode aut de possessione corporali id dictum accipere liceret: aut si hoc non placeret propter generalitatem verbi, liceret dicere id, quod verba concedunt, id affirmanter a Paulo dictum non esse. Et res ita habet: aut de possessione corporali, quæ est in actu ipso eundi, dixit Paulus hanc, intermisso eundi actu, una quoque interpellari: aut si propter generalitatem orationis omnem possessionem accipi placet etiam, quæ animo retinetur: illud retinendum, quod sequitur, & in eo urgendo verba Pauli, ut concedamus possessionem itineris sæpe multis momentis interpellari videri, at non simpliciter & absolute interpellari. Recte videri. Videtur enim propter corporalem possessionem, seu actum ipsum eundi, quem constat perpetuo continuari non posse. Re autem vera non interpellatur possessio, quæ etsi corpore a fundo discesseris, animo tamen retinetur, ut ostendi. Quæ si ita sunt, habent omnes servitutes natura sua continuam possessionem, non tantum quæ urbanorum prædiorum sunt, sed & quæ rusticorum. Tantum hoc interest, quod priores, quæ in superficie sunt, habent continuam non tantum animo, sed etiam habendi usu & consuetudine, id est, corpore. *L. servitutes. D. de ser. urb. præd.* Posteriores autem non sane continuam corporali usu, qui sæpe interrumpitur: attamen continuam animo; quia possessio animo solo retinetur. At hoc tantumdem valet. Ita distinctio illa continuarum & discontinuarum servitutum tollitur. Qua sublata, si verum est ex illorum sententia omnes servitutes usucapi posse, quæ continuam possessionem habent, efficitur hac ipsa sententia, omnes pariter recipere usucapionem, postquam omnes continuam possessionem habere probantur.

XII. Obiiciuntur tamen & hic nonnulli alii loci, qui multo deterius in eamdem illam istorum sententiam detorti sunt, In quibus video tres esse. Ac primum sunt,

sunt, qui utantur ad eam confirmationem etiam *d. L. servitutes prædiorum, D. de servit.* Paulus enim illic scribit, servitutes prædiorum rusticorum usu non capi. Et inter alia reddit hanc rationem, quod nemo tam continenter ire possit, ut non aliquando interpellari videatur eius possessio. Quæ quidem ratio propria est servitutum huius generis. Nam servitutes, quæ in superficie sunt, id est, urbanæ, possessione continua retinentur, *d. L. servitutes, de servit. urb. præd.* Dicendum igitur, hac ratione cessante in servitutibus urbanorum prædiorum, de earum usucapione idem ius statui non debere. *arg. in L. quid enim, D. de iud. L. quod dictum, D. de pact.* Hinc fieri, ut has ab illis distinctas esse oporteat: atque ita cum statuerimus urbanas, & similes, quæ habent possessionem continuam, longo usu capi posse, semper hoc relinquatur rusticas eodem modo acquiri non posse. Et recte hoc diceretur, nisi de sententia Pauli in eo loco liqueret: generaliter statuentis pariter servitutes omnes usucapi non posse. Scribit quidem initio de servitutibus rusticis bas non usucapi, & in iis duabus rationibus huius iuris, quas reddit, ponit unam, quæ sit harum servitutum propria. Sed quid refert? subiicit enim statim, idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observari. Cur ergo prius posuit rationem prioris generis propriam? quia non hanc solam posuit, sed [8] & aliam omnium servitutum communem, quod servitutes incorporales sint, eoque nec possint possideri. Ex quo poterat intelligi ex æquo omnes usucapi non posse. Verum ut hoc ius magis confirmaretur in servitutibus rusticis, visum est & aliam rationem addere harum propriam. Quæ tamen cum non sit sola; inepte ex ea colligatur aliud ius esse in servitutibus urbanis. Hac enim remota, relinquitur semper altera, quæ ad omnes ex æquo pertinet. Quapropter quod de eo loco breviter dicendum sit, ex eo aut omnes servitutes usucapi possunt, aut nullæ. At isti fatentur nihilominus servitutes urbanorum prædiorum longo usu acquiri posse, neque eum locum obstare. Fateantur igitur, ne eum quidem locum obstare, quominus idem de servitutibus rusticis dicere liceat, quæ in eadem caussa circa usucapionem habentur.

XIII. Alter locus est eiusdem Pauli, quo maxime nituntur, in *L. foramen, D. de servit. urb. præd.* ubi is foramen, quod in pariete nostro habetur pavimenti proluendi caussa, negat tempore acquiri, si modo in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat: idque hac ratione, quia perpetuam caussam non habeat, quod manu fit. Hinc colligi volunt, si quæ sit servitus, quæ perpetuam & continentem possessionem seu usum non habeat, eam longo tempore acquiri non posse. Sed magno & manifesto errore hoc ab illis colligitur. Neque enim eadem sunt, [9] caussa servitutis, & servitutis possessio, & si essent eadem, aperte eo loco contrarium efficeretur, ut isto sensu non alius locus magis eos oppugnet. Diversa hæc esse non aliis magis, quam ipsis auctoribus probari potest, si sibi velint constare. Paulus enim ibidem ait, omnes servitutes prædiorum perpetuas caussas habere debere; ut sit sensus, nullas esse servitutes prædiorum, quæ perpetuas caussas non habeant; ac proinde si quæ vere sunt servitutes, eas habere caussam perpetuam. Isti autem dicunt non omnes servitutes habere possessionem perpetuam, etiamsi maxime sint servitutes, ut iter. Aut igitur Paulus falsum scripsit, aut ex istorum etiam sententia aliud est caussa servitutis perpetua, aliud servitutis perpetua & continua possessio. Et vero longe hæc diversa sunt, ut eodem exemplo foraminis probatur. Nam id foramen servitutis caussam habet eam aquam, quæ manu iniicitur, auctore Paulo. Hæc, inquam, non est caussa perpetua; quia non est perpetuum, quod fit manu. At idem foramen semel immissum habet continuam possessionem, ut omnia quæ immittuntur in alienum: quæ cum maneant, eodem semper usu retinentur. *L. servitutes, D. de servit. urb. præd.* Demus tamen illis, quod volunt, eadem hæc esse, caussam servitutis & possessionem. Iam hic ipse locus adversus eos stabit, ut non alius magis adversetur. Nam, ut dixi, Paulus illic scribit, omnes servitutes prædiorum perpetuas caussas habere, si vere sunt servitutes. Si eadem sunt, servitutis caussa, & possessio; nempe hoc dicere intelligetur, omnes servitutes prædiorum habere perpetuas & continuas possessiones. At hoc si verum est, an non vident iuxta sententiam suam hoc effici ex eo loco, omnes ser-

8) Ita & Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 1. §. 8. *n.* 34. *& seq.* quando in lege plures rationes, satis est unam superesse ut dispositioni locus sit.

9) Quod & scite probat Parlador. *d.* §. 8 *n.* 11 *& segg. d. L.* 28. exponens, & Accursii ac vulgarem interpretationem refellens. Caussa enim est id ex quo servitus efficitur, ut in aquæductu, aquæhaustu, caussa est aqua. Et aliud est perpetuum quod semper permanebit, aliud continuum, quod fit sine intervallo, vid. & *supr.* C. 3. *N.* 2.

servitutes usucapi posse? nam hoc prius pro certo sumunt, recipere quasi usucapionem omnes, quæ continuam possessionem habent. Et breviter aut volunt diversa ista esse, caussam servitutis & possessionem; aut eadem. Si diversa; locus ad rem nihil pertinet. Nihil enim vetat recte dici servitutem usucapi posse, quæ caussam perpetuam non habet: & tamen aliquam usucapi posse, quanvis non habeat perpetuam possessionem. Si hæc eadem, efficitur servitutes omnes posse usucapi, id quod volumus.

XIV. Sed sententia Pauli cognita, quæ ab illis in eo responso percepta non est, rem omnem facile expediet. Sic autem sententia se habet. Propositum est Paulo probare, eum qui foramen habuit in suo pariete eiiciendæ in aream alienam eius aquæ caussa, quæ pavimenti proluendi caussa manu iniiceretur; quanvis habuerit id foramen per longum tempus, & eo sit usus, tamen ius ita habendi eius foraminis tempore non quæsiisse. Probat autem non hac ratione, quia possit quidem huius foraminis habendi imponi servitus, sed sit servitus eiusmodi, quæ perpetuam caussam non habeat, ac proinde nec usucapione quæri possit. Id quod si diceret, aperte hoc diceret quasdam servitutes habere perpetuas caussas, quasdam non habere. Omnes quidem constitutione aliena acquiri posse; usucapione autem eas non posse, quæ perpetuam caussam non habeant. Quo sane sensu locus pro istis faceret hoc admisso, ut idem esset caussa servitutis, quod possessio. Cui sententiæ locus nihil repugnaret. Sed nihil minus quam hoc sentit aut dicit Paulus. Probat foramen, de quo quæritur, tempore non acquiri, non quia, inquam, sit servitus, quæ caussam perpetuam non habeat: sed quia plane huius foraminis habendi ius non sit servitus. Ait enim hoc foramen [10] flumen non esse, idest, servitutem fluminis, & subiungit, nec tempore acquiri, nempe hoc ex illo inferens. Et recte. Prius est enim, ut aliquod ius possit esse servitus, quam ut tanquam servitus possit usu acquiri. Ac servitutem in totum non esse, non tantum si quis usucapione, sed etsi domini ipsius constitutione eam quæsitam velit, probat eo argumento, quod ad omnem constitutionem servitutis pertineat. Sic autem argumentatur. Omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent. Foramen quod proponitur, non habet perpetuam caussam servitutis. Huius enim caussa est aqua, quæ manu iniicitur: quod autem manu fit, non est perpetuum. Quare huius foraminis habendi ius non est servitus. Ex quo efficitur, quod proposuit, quemadmodum flumen non est, sic nec tempore acquiri. Dum tamen intelligamus non hoc tantum ad usucapionis causam pertinere; sed eodem argumento effici, nec si constitutum hoc ius sit a domino, tamen servitutem prædii esse posse. Semper enim verum erit id non habere perpetuam caussam; servitutes autem omnes quocumque modo constituantur, perpetuas caussas habere debere. Ex quo rursum iam potest intelligi, etiam quod controversiam in hac quæstione dirimat: sententiam nimirum eius responsi hanc esse, ut tum vere dicatur servitutem usucapi non posse, cum prius constiterit id ius, quod usu quæsitum volumus, non esse servitutem. Quod si quod ius per se possit esse servitus, tum mutata ratione nihil esse impedimento eius servitutis usucapioni.

XV. Tertius & postremus locus nobis opponitur *L. 3. §. ductus, D. de aq. quot. & æst.* ubi ita scriptum est: *Ductus aquæ, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur.* Ergo, inquiunt, nisi origo memoriam hominum excedat, pro constituto non habebitur. Proinde nec longo tantum usu acquiretur. Frustra enim exigatur id tempus, cuius origo memoriam excedat, si decem annorum sufficit. Sed ne quis hoc argumento facile unquam decipiatur, consideret sententiam, quam isti colligunt, per se falsam esse. Diserte enim traditur in *L. si quis diuturno, D. si servit. vind.* aquæductum, de quo agitur, longo tempore acquiri posse. Consideret præterea, & si quis collectionem istam concesserit, argumentum tamen non modo pro istorum sententia non facere, sed etiam eam vehementer oppugnare, atque adeo totam evertere. Propositum est enim illis docere, non servitutes nullas longo usu & tempore acquiri posse, sed aliquas tantum, & eas, quæ non habent continuam possessionem. Atqui isto argumento efficitur aut nullas usucapi posse, aut omnes. Si aquæductus continuam possessionem habet, ut ipsorum sententia habet in *d. L. si quis diuturno*. Hoc admisso, cum longo usu non acquiri, fit non illud, quod volunt, discontinuas servitutes usu non acquiri, sed nullas, id est, ne eas

10) *L. 1. V. P. L. fistulas 13. si serv. vind.* Nec recte Accursius *flumen* exponit lignum excavatum, in quo aqua pluvia vel alia colligatur, nec recte Longovallius accipit pro canali seu fistula, ceu refert & reprobat Parlador. *d. §. 8. n. 10. & seq.*

eas quidem, quæ continuam habent possessionem. In quo adversus sententiam suam supra positam bis faciunt. Primum quod distinctionem suam illam tollunt de servitutum usucapione. Deinde quod hic admittunt aquæductum longo tempore non acquiri, quem acquiri fatentur in *d. L. si quis diuturno*. Rursum si aquæductus non habet continuam possessionem, ut non habet, cum illis collibuit: vel hoc ipso exemplo efficitur non modo continuas istas servitutes, quas intelligunt, longo usu velut capi, sed etiam omnes, etiam eas, quæ continuam possessionem non habent. Nam aquæductum non hunc aut illum, sed simpliciter & generaliter aquæductum longo usu & longa quasi possessione acquiri diserte traditum est in *d. L. si quis diuturno*.

XVI. Non me fugit Bartolum in *L. 2. C. de servit.* ad hæc concilianda, & nihilominus ad suam illam distinctionem de usucapione servitutum retinendam aquæductum [11] distinguere, & quendam esse dicere, qui habeat perpetuam caussam, sic enim loquitur; quendam, qui non habeat. Priorem longo tempore capi posse, & de eo agi in *d. L. si quis diuturno*. Posteriorem non posse nisi eo tempore, cuius initii non extet memoria, & de eo agi in *d. L. 3. § ductus, de aq. plu. arc.* Qua sententia nihil potest dici inane, aut falsum magis. Nam de perpetua caussa aquæductus quod dicit; plusquam certum est Paulum in *L. foramen, de servit. urb. præd.* hoc statuere, omnes servitutes prædiorum, & quidem rusticorum perpetuas caussas habere debere, & in his nominatim aquæductum. Quod si caussæ verbo intelligit Bartolus usitato veterum illorum errore possessionem servitutis; docui supra omnem servitutem continuam ab animo possessionem habere: aut si possessionis verbo intelligimus corporalem servitutis usum, docui aquæductum omnem natura sua continuam istam possessionem, id est continuum usum non habere, cum non semper ducatur aqua. Et ut forte sit ista in aquæductu caussæ & possessionis distinctio, quam falso adstruit; tamen illud quam ridiculum, quod *L. si quis diuturno*, interpretatur de aquæductu perpetuam caussam & possessionem habente: idem *d. L. 3. §. ductus*, accipi vult de aquæductu perpetuam istam caussam non habente? Et quo iure, aut qua tandem interpretandi lege; cum utroque in loco simpliciter & sine ulla circumscriptione scriptum sit de aquæductu? An tam stultus erat Ulpianus in *d. L. si quis diuturno*, ut si sentiret non omnem aquæductum longo usu acquiri, diceret nihilominus simpliciter aquæductum acquiri illo usu, ac non exprimeret, quem aquæductum intelligeret vitandi erroris caussa? An e diverso tam ineptus scriptor aut malitiosus Pomponius in *d. §. ductus*, ut si sentiret aliquem aquæductum longo usu capi posse, nihilominus diceret, aut significaret simpliciter aquæductum longo usu non acquiri; quo dicto statim intelligeremus omnem non acquiri, aut certe quem accipi vellet, non intelligeremus? Nihil eorum sano homini convenit, nedum Ulpiano aut Pomponio, peritis docendi & definiendi iuris scriptoribus. Denique scimus nihil esse usitatius in interpretatione omnis scripti, & præcipue scripti iuris, quam oratione generali omnes species contineri. *L. si servitus, D. de serv. urb. præd. L. Mævius, 66. §. duorum, D. de leg. 1.* Item ubi lex nihil distinguit, generaliter eam & sine distinctione interpretandam. *L. 9. §. animadvertendum, D. quod met. cau. L. item veniunt, §. petitam*, vers. *a quo, D. de her. pet.* Hæc eo spectant, non ut velimus hac refutatione satis responsum esse *d. L. 3. §. ductus, de aq. quotid. & æst.* cum si ea sententia, quam isti inde colligunt, ipsos lædit, etiam nobis adversetur, qui omnes servitutes longo usu acquiri dicimus: sed ut animadvertis tam multis vitiis, quæ sunt in superiore sententia & distinctione Bartoli, ne unquam eam, si licet desugere, admittamus.

XVII. Sed quid ageremus, dicet aliquis. Locus aperte ita scriptus est: ductum aquæ cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco haberi. Ex quo an non recte colligitur, si cuius aquæductus origo memoriam non excesserit, eum iure constituti loco non haberi, quantumvis longo tempore sit possessus. Quorsum enim adiectio tam diuturni temporis, si quovis longo tempore potest aquæductus usu acquiri? Scimus autem legem semper ita accipiendam, atque adeo sententiam omnem, ne sit inutilis. *L. 1. in fin. D. ad munic. L. si quando, 109. D. de leg. 1.* Ego vero ut de obiectione iam respondeam, aio ex superiore loco nihil istius recte colligi, & nihilominus adiectionem & sen-

11) Quam Bartoli distinctionem quoque refert & refellit A. Fab. 19. *Conject.* 11. quia etsi aqua de cælo cadit, quo casu nullum factum hominis intercedit, quam aquæductus speciem continuam vocat Bartolus, nec tamen semper expedit prædio dominanti aquam continuo duci, ne quidem si assidue plueret, &c.

& sententiam totam, uti scripta est, esse utilem. Aquæductus cuius originis non exitet memoria, certo iure pro constituto habetur, atque hoc modo acquiritur. Ita est. Sed non si quid uno modo recte acquiri & constitui dicitur, ideo negatur alio modo acquiri & constitui posse. Alioqui cum dicitur in *L. 3. D. de usufr.* usumfructum constitui testamento, & sine testamento pactionibus: dicendum esset usumfructum non constitui a iudice in iudicio familiæ ereiscundæ vel communi dividundo: aut etiam non constitui lege. Quorum utrumque secus est, ut suo loco diximus. Item cum dicitur, traditionibus, & usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri *L. traditionibus, C. de pact.* consequens esset dominium non transferri aliis modis puta legato, & similibus plerisque. Quapropter & in proposito recte ita dicemus: aquæductus iure constituti loco habetur, cum origo aquæ ducendæ hominum memoriam excessit. Sed non eo minus verum est & alio modo acquiri posse, nempe longo tempore. Et quidem ita eum posse acquiri diserte scriptum est in *d. L. si quis diuturno, D. si serv. vind.* & significatur satis in *L. 2. C. de servit.* Neque ideo inutiliter dicetur aquæductus iure pro constituto haberi, cum per id tempus aqua ducta erit, cuius origo memoriam excesserit. Aliter enim [12] hoc modo pro constituto habetur; aliter cum longo solum tempore acquiritur. Nam priore modo dicitur simpliciter pro constituto haberi, nec quæritur, utrum qui usus est, nec vi, nec clam, nec precario a domino possederit. Posteriore autem non simpliciter; sed ita, si quis præter longam possessionem nec vi, nec clam, nec precario servitute usus fuerit, *d. L. si quis diuturno*. De quo iam dicetur.

CAP.

12) Connan. 4. *Comm.* 12. *n.* 17. accipit *d.* §. 4. de ductu aquæ ex flumine publico, per §. 2. *eius'd. L.* ubi nulla potest esse domini scientia, qui nullus. Post 100. annos vero non servitutem constitutam, verum naturæ beneficio videri concessam, tanquam sua sponte eo aqua confluat, & fere Robert. 4. *Sent.* 8. requiri ideo longius tempus, quia scientia domini exigi nequeat, cum flumen sit nullius; ac Hot. 4. *Obs.* 2. P. Gilken. *de Præscript. P.* 2. *Membr.* 1. *C.* 10. *n.* 28. *& seqq.* Quod & ex *L.* 7. *C. h. t.* confirmat Vult. *ad pr. l. de usuc. n.* 23 Sed hoc displicet Ræv. *in Tribon. C.* 9. quem vide. Aliter Cuiac. 18. *Obs.* 28. immemoriam requiri *d.* §. 4. non ut acquiratur, sed ut iure constituti loco habeatur, & A. Fab. 19. *Coniect.* 11. quia cum iore constituti loco est, nihil eorum requiritur, quæ alias ad servitutes tempore acquirendas, ut scilicet suo iure non vi clam precario, usus sit. Quod in effectu cum nostri sententia convenit. Et probat Faber hanc distinctionem ex *L. 1. §. ul. de aq. pl. arc.* verbis: *longa consuetudine vel ex iure impositam*; quibus vult separari acquisitionem decennalem a constitutione temporis immemorialis. Prior autem responsio nostri ibi. *Non si quid uno &c.* tuta non videtur, quia si semel acquisitum ius servitutis expleto decennio, non potest denuo acquiri completo tempore immemoriali *L.* 14. §. *ult. de exc. rei iud. & sim.* Aliter Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 8. ad omnium servitutum acquisitionem tempus immemoriale exigens. Temporali autem præscriptione, quam admittit *L. ult. C. de præsc. lon. tem. L.* 2. *C. h. t.* non acquiri servitutes, nec inde actionem oriri, sed tantum exceptionem. Aliter Hieron. *Elen. Lib.* 2. *Diatrib. C.* 11. omnes servitutes usu 10. vel 20. annorum acquiri, modo bona fides adsit. De qua si nihil probetur, exigi tempus memoriam excedens.

C A P. XII.

Servitutes prædiorum non uno modo usucapi, ut res corporales; sed principaliter tribus; uno etiam per consequentiam: Et quinam hi modi.

Continuatio. I.
Usucapiuntur servitutes tribus modis primariis, uno autem secundario. II.
Servitutem usucapit, si quis a non domino bona fide, ex iusta caussa prædium alienum acceperit, illudque longo tempore possederit. III.
Item si quis nec vi, nec clam, nec precario ab eo, qui erat prædii servientis dominus, diu fuerit usus servitute. IV.
Secundus hic usucapiendi modus quatuor desiderat: 1. *in acquirente usum.* V.
Hic cuiusmodi sit; in dubio adesse existimatur; probatio ad negantem spectat. VI.
2. *Usum continenter nec interrupte habitum.* VII.
3. *Et hunc ad longum & diuturnum tempus.* VIII.
4. *Sed nec vi, nec clam, nec precario cœptum, & continuatum.*
Quid sit, uti vi, clam, & precario. IX.
Superior usucapiendæ servitutis modus usum longi temporis non interruptum, scientiam & patientiam domini; non autem titulum, aut bonam fidem requirit. X.
Propugnatur ista definitio. XI.
Ulpiano asseritur in L. si quis diuturno, 10. D. si serv. vindic. XII.
Refellitur Duareni sententia & interpretatio. XIII. XIV. XV.
Iterum & tertio servitutem acquirit qui utitur ad tempus, cuius origo memoriam hominum excedit. Quid hic usucapionis modus a superioribus differat. XVI.
Secundario & per consequentiam quatenus servitus usucapione quæratur. XVII.

I. EFfectum est igitur servitutes usu acquiri posse, & omnes posse, quando omnes possessionem & eam continuam recipiunt. Quo constituto, sequitur ordine illud tertium, quod proposuimus, ut videamus, quomodo usu longo acquirantur.

II. Acquiruntur autem non uno modo, ut res corporales; sed pluribus. Per se quidem & principaliter tribus: uno autem per consequentiam.

III. Et ex tribus illis unus maxime cognitus, idemque cum rebus corporalibus communis hic est, ut servitus longo usu & tempore acquiratur, si quis eam in prædio alieno emerit, aut ex legati, donationis, vel alia iusta caussa acceperit a prædii possessore, qui dominus non erat: bona fide tamen, cum eum dominum esse existimaret, ac deinde servitutem per longum tempus posederit, id est, servitute per id tempus ut sua sit usus. Sic est rerum corporalium usucapio. *Inst. de usuc.* in pr. *L. unica. C. de usuc. transf.* Et isto quoque modo recte servitutes longo usu acquiri inter omnes convenit, quæ quidem ipsorum iudicio recipiant usucapionem. Ac de ea usucapione servitutum loquitur Iustinianus in *L. ult.* §. *ult. C. de præscr.. long. temp.*

IV. Alter modus est servitutum proprius, non minus tamen iure receptus in hanc sententiam, ut servitus longo usu & longa quasi possessione acquiratur velut iure constituta, si quis ea diu usus sit, nec vi, nec clam, nec precario ab eo, qui prædii servientis dominus erat. Constituitur hæc usucapio servitutis his locis, *L.* 1. In fin. *D. de aq. plu. arcen. L. si quis diuturno. si ser. vindic. L.* 1. in fin. & *L.* 2. *C. de servit.* Nam & huc referri debet species *d. L.* 1. *C. de servit.* ubi is, qui altius ædificaverat contra veterem formam & statum ædificiorum, & officiebat luminibus vicini, conveniebatur a vicino negatoria actione, qua intendebat ius adversario non esse ita ædes suas contra veterem formam sublatas habere ex *L. qui luminibus, D. de serv. urb. præd.* Ille fatebatur contra veterem formam ædes sublatas; sed sibi ius altius tollendi longo usu & posseſsione quæsitum esse dicebat, quia per longum tempus nec vi, nec clam, nec precario id ius posedisset, id est, altius ædes ita sublatas habuisset. Rescriptum est, iudicem sciturum in ea lite, longi istius temporis consuetudinem, id est usum, ei qui lite pulsatur, vicem servitutis obtinere, id est, quod alibi dicitur, eum, qui ita usus est,
habuis-

habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem, *L.* 1. in fi. *de aq. plu. arcen.*

V. Exigit hæc acquisitio quatuor, neque plura. Primum ut quis servitute usus sit.

VI. Usus intelligitur, qui suo iure uti se credidit, nec quisquam alius. *L. ult. D. quem. ser. amit. L. ult. D. de iti. act. pri.* Hic enim servitutem possidere oportet ad usucapionem. *d. L. ult. de iti. act. pri.* Non possidet autem, nisi qui animo dominantis rem tenet, idest, qui pro sua possidet. *§. idem placet, Instit. per quas pers. nob. acq L. sciendum,* illic, *cum vero, D. qui satisd. cog.* Sed unusquisque in re dubia suo iure uti existimatur, non alieno, coniectura ex iis, quæ fieri assolent, ducta. *L merito, D. pro soc.* Item bona fide rem tenuisse pro sua, non dolo malo: ut si quis dicat eum, qui servitute usus est, suo iure aut bona fide usum non esse, id probare debeat. *L. pen. C. de evict. L. quoties, §. qui dolo, D. de prob.* Probandi ratio, si doceat eum, qui usus est, necessitate coactum usum esse vel propter incommoditatem exundantis rivi, vel quia via publica interrupta erat. *L.* 1. *§. Vivianus, D. de iti. act.* pr. Aut doceat eum, qui servitute usus est, existimasse viam esse publicam, aut iter alterius, cuius nomine utebatur. *L. ult. quem. ser. am.*

VII. Secundum exigit hæc usucapio commune item cum vera usucapione, ut quis continenter & sine [1] interruptione per legitimum tempus servitute sit usus. Interdicto, atque hoc modo interpellato ante id tempus usu servitutis, acquisitio non procedit. *L.* 2. *C. de usuc.*

VIII. Tertium etiam commune, ut quis sit usus longo & diuturno tempore. *L. si quis diuturno, si ser. vind. d. L.* 2. in fin. *C. de ser. L.* 1. in fi. *D. de aq. plu. arc.* Quod esse diximus decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes. *d. L. unica, C. de usuc. transf. L. super, C. de præs. long. tem.*

IX. Quartum huius acquisitionis proprium, ut qui usus est, usus sit nec vi, neç clam, nec precario ab eo, qui prædii servientis dominus est. Vi utitur, qui cum prohiberetur a domino, nihilominus utitur. *L.* 1. *§. hoc interdictum, D. quod vi aut clam.* Clam, qui dominum celat, neque ei denuntiat, *L.* 3. *§. clam facere, D. eod.* Precario is, qui precibus impetravit a domino, ut sibi servitute uti liceret. *L.* 1. *D. de prec.* Hæc omnia ita, si quis his modis non possideat ab eo, qui est prædii servientis dominus. In quo hoc exigitur, ne usus sit, domino ipso aut ignorante, aut sciente quidem, sed vel prohibente, vel roganti concedente. Idque est quod aliis verbis dicitur ac veluti explicatur in *L.* 2. *C. de servit.* eum tempore quæsiisse servitutem aquæductus per possessionem, idest, per fundum Martialis, qui eo sciente nec interdicente aquam duxit.

X. Distat hic modus usucapiendi a superiore his rebus. Nam in superiore exigimus, ut qui usucapit servitutem, quoniam hoc habet cum rerum corporalium usucapione commune, ut ignorante domino usucapiat, ideo & sequentia eodem exemplo exiguntur; ut servitutem acceperit ab alio, & eo non domino; quoniam alioqui statim quæreretur servitus. Tum hac de caussa, ut bona fide & iusto titulo, quem probare oporteat. Interim, ut dixi, pro iusti tituli quærendi & probandi incommodo, hoc illi commodum præstatur, ut possit usu acquirere servitutem ex hac caussa, quanvis servitute usus sit domino prædii ignorante. Nam & in rebus corporalibus ad usucapionem rei alienæ non est necessaria domini scientia. *d. L. ult. §. ult. C. de præs. lon. tem.* In hoc autem modo posteriore, superiora omnia in contrarium mutantur. Nam ut prius illud exigimus præter exemplum usucapionis rerum corporalium, ut quis domino ipso prædii sciente nec contradicente usus sit; ita superiora illa duo non requirimus, ut scilicet servitutem acceperit aliunde, multoque minus, ut iusto aliquo titulo acceperit, aut se accepisse probet, dum prius illud præcesserit. Ut in summa ad iustam acquisitionem servitutis sufficiat longi temporis continens usus, sciente domino, sine alio titulo.

XI. Hæc sententia est [2] communis prope omnium interpretum, & iudicio meo vera,

1) Interruptio autem fit non quavis verbali prohibitione, sed factis testata, ut vult A. Fab. *in Cod. Fabr. h. t. Defin.* 1. *&* 10.

2) Cæpolla *de Serv. urb.* C. 20. *n.* 6. Sichar. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 4. *& seq.* Connan. 4. *Comm.* 12. *n.* 15. *& seq.* Temporis, ait, diuturni decursus solus faciat, ut censeatur verum servitutis ius habere. Non enim illa usu quæritur servitus, sed creditur debita nisi contrarium probetur. (Sed non puto hic contrariæ probationi locum esse) & *n.* 17. Nullo titulo opus est, dum sciente domino fecerimus, eius enim patientia certum præbet argumentum aliquando impositæ servitutis, & Zoanet *ad L.* 2. *C. de pact. int. empt. n.* 167. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 65. *n.* 7. *& seq. &* C. 78. *n.* 1. Vaud. 2. Q. 3. *n.* 49 Zanger. *de Except. P.* 3. C. 8. *n.* 40. A. Fab. 19. *Conject.* 10. qui eodem fere modo, quo noster. Bron. 1. *Ass.* 93. P. Gilken. *de Præsc. P.* 2. *Membr.* 1. C. 10. *n.* 12. *& seqq.* Paurmeist. 1. *de Iurisd.* 21. *n.* 26. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 7. *n.* 14. titulum

vera, quam recte probare videntur ex *L. si quis diuturno, si ser. vind.* Sed quia a nonnullis vocatur in dubium propter eos locos, quibus traditur, nullo iusto titulo præcedente prohiberi possidentes iuris ratione dominium quærere, seu usucapionem non procedere, ut *L. nullo, C. de rei vind. L. ult. C. de usuc. pro her.* haud abs re erit nos in ea sententia paulo certius confirmari. Probatur vero hæc sententia tot locis, quot sunt, quibus hæc acquisitio statuitur a veteribus. Primum in *L.* in fin. *D. de aq. plu. arc.* ita definitur, in servitutibus hoc nos sequi, ut ubi servitus non invenitur imposita, videatur is habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem, qui diu usus est nec vi, nec clam, nec precario. Quando servitus non invenitur imposita, nisi cum non invenitur titulus, quo est imposita? Tituli sunt enim eæ caussæ, quibus res quæque alicui acquiritur, aut acquirendi caussa in aliquem confertur. Non igitur aliud exprimitur superioribus verbis, quam longa ista consuetudine servitutem pro iure imposita haberi, etiam si de titulo impositæ servitutis nihil inveniatur, nihil doceatur. Id fit certius ex eo, quod adiicitur *ibidem*, ius superius nos sequi in servitutibus, quasi quod sit servitutum proprium. Inepte adiectum, si in hac acquisitione etiam titulum possessionis exigimus: cum titulo accedente nihil hic de usucapione servitutis statuatur, quod non sit cum usucapione rerum corporalium commune. Sed & illud eiusdem rei evidentius argumentum, quod dicitur superiore longa consuetudine servitutem ita acquiri, si qui usus est, usus sit nec vi, nec clam, nec precario. His enim verbis exigitur, ut quis usus sit domino prædii servientis sciente, ut supra ostendi. Vitiose exigitur, & contra ius, si titulus intervenit: quoniam titulo, & bona fide accedente, non requiritur ad usucapionem domini, adversus quem usucapio est, scientia. *d. L. ult. §. ult. C. de præscr. lon. tem.* Non aliud intelligere possimus significari *L. 2. C. de servit.* his verbis, aquæductus servitutem longo tempore acquiri, si quis aquam per fundum domini eo sciente nec contradicente per id tempus duxerit. Non potest, inquam, hæc sententia ullo modo sine vitio intelligi de eo, qui titulum habeat iustæ possessionis. Aut enim a domino fundi habebit, aut ab alio. Si a domino; statim illi servitus quæsita est, nec requiretur longi temporis possessio. Si a non domino; iam dixi frustra, & contra formam iuris exigi, ut aquam duxerit domino fundi sciente: cum qui ex iusto titulo rem habet, licet a non domino, is etiam vero domino ignorante possit usucapere. *d. L. ult. §. ult. C. de præscr. long. temp.*

XII. Postremo bene hanc sententiam expressam putant in *L. si quis diuturno, D. si serv. vind.* Illic enim ita scribit Ulpianus: eum, qui aquam duxit longo tempore nec vi, nec clam, nec precario, ius aquæ ducendæ nactum esse: & non esse ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est. Atque hoc ius statim interpretatur titulum. Subiicit enim, veluti ex legato, vel alio modo. Legatum, acquirendi & usucapiendi iustum titulum esse constat. *L. Celsus, D. de usucap. tot. Tit. D. pro legato.*

XIII. Dissentit tamen 3 Duarenus. Is *Lib. 1. Disput. Cap. 34.* ea verba Ulpiani, *non est ei necesse docere de iure, quo*

lum specialem veluti pro legato, donato, &c. non requiri, sed sufficere generalem Pro suo, si bona fide utatur, iusto errore motus ut servitutem suam credat. Cuiacius amplius ad *L. 14. §. ult. de usuc.* nec titulum nec scientiam domini exigit. Ideo autem in *L. 2. C. h. t.* verba *eo sciente* haberi, ut sciamus eum non clam deduxisse, posse autem & ignorante domino duci, modo non adsit celandi animus, & P. Busius *ad L. 14. D. h. t. n. 9.* id ita in *d. L. 2.* ad speciem propositam rescriptum esse, ut clandestini actus excludantur, qui & *ibid. n. 7. & 8.* ineptam distinctionem habet inter præscriptionem decennalem, quæ tantum exceptionem & confessoriam utilem; ac quasi usucapionem ex iure constitutionum, quæ directam actionem pariat.

3) Et ad *d. L. 10. si serv. vind.* quia ius non significet titulum, sed quid maius ac amplius, videlicet ipsam servitutem. *2. §. ult. d. t. L. 1. §. ul. de aq. pl. L. apparet 5. §. 3. de it. act. priv.* & P. Grangian. *Paradox. Cap. 46.* & Coras. *ad L. 14. h. t. n. 31.* Ibid. Duar. scientiam non esse necessariam, sed sufficere si adversarius patiatur nec impediat. Et Rev. *ad L. Scribon.* C. 7. qui *d. L. 10.* interpretatur ex *L. 12. Quem. ser. am.* & accipit de eo qui fundum bona fide emit, ac cum fundo servitutem possedit. Hic inquit, non cogitur docere de iusta servitutis, origine, quomodo auctori suo servitus constituta sit. Et Hot. 8. *Obs.* 10. quia *in L. 4. C. de præscr. lon. tem.* negatur præscriptio longi temporis sine titulo procedere. Et *L. 8. C. de præscr. 30. ann.* ita dat actionem ei qui diu possedit, si emptionis, legati vel alio titulo bona fide possederit. Idem male accipit *d. L. 10.* de servitute tempore immemoriali acquisita pro *tot* reponens *centum*, ac coniungendum dicit *L. 1. §. ultim. de aq. pl. arc.* quæ ex eodem libro. Sed nec in *d. §. ult.* vetustas infinitam memoriam significat; ut vult Cuiac. *ad L. 4. §. ult. de usuc.* Hotom. *d. lo. 4. & Obs.* 2. Sed tempus 10. annorum per verba seq. *diu* & *longa*, ut rectius idem Cuiac. 18. *Obs.* 28. & Ræv. *in Tribon.* C. 9. vid. & Cornel. a Renthel. *Centur. QQ. de Possess. Q.* 99 Mihi sic stat sententia. Semper hic titulum exigi, neque ab eo, & generali regula iuris me vel auctoritas vel rationes nostri & aliorum dimovent. Semper exigi scientiam alterius, verum non domini *L. ult. §. ul. C. de præsc. lon.* alioqui rarissima erit hæc usucapio, de qua tamen tot iuris loci habentur, neque finis usucapionis, dominiorum certitudo, litiumque amputatio in hac servitute acquisitione attendetur. Quotus quisque enim ita facilis suo ut prædio servitutis onus sciens obtrudi patiatur. Quod si patiatur, nonne apertus hic donandi animus re & facto (*faciendi* verbo & non factum ac patientis continetur) declaratur. Saltem nonne præsumptio donationis ac consensus domini breviori tempore induci potest, maxime si actus quibus servitus exercita, crebriores. Cuius igitur? vicini possessoris, sive ab eo titulus habeatur,

quo aqua constituta est, interpretatur de iure civili & directo. Ut sit sententia; ei, qui ita, ut supra, aquæductum nactus est, recte servitutem quæsitam videri, quanvis iure, id est, iure civili & directo, non sit constituta. Et ob id non debere eum de hac legitima constitutione probare. Non temere factum est, ut ita sentiret. Sic servitus iure imposita dicitur in *L. 1. in fin. de aq. plu. arcen. L. 5. §. penult. de iti. act. pri.* Sed & illum movit præcipue exemplum rerum corporalium; de quibus, ut supra dixi, ita scriptum est in *L. nullo, C. de rei vind.* nullo iusto titulo præcedente possidentes ratio iuris quærere dominium prohibet. Et quæ rei æquitas facit, ut aliud servandum sit in servitutibus, rebus alioqui eiusmodi, quæ vere non possideantur? Nam quod dicunt vulgo eo fieri, quia in servitutibus agatur de rebus exigui momenti; neque hoc verum est, nec si verum esset, ideo in his titulus remittendus fuit possessori ad usucapionem. Nam & inter res corporales mobiles sunt pleræque sine dubio multo minoris pretii, quam ullæ servitutes. Neque tamen in ulla re corporali usucapionem sine iusto titulo admitti legimus.

Repugnat *d. L. nullo*. Sed etsi Duareni multum me movet auctoritas, & in hac parte ratio; non tamen facit, ut de superioris loci interpretatione assentiar. Quin potius fatendum est, eam interpretationem neque verbis Ulpiani neque sententiæ convenire, & præterea sententiam efficere per se vitiosam.

XIV. De verbis arbitror facile posse demonstrari. Iure quidem constituta servitus sicubi dicatur simpliciter, recte fortasse accipiatur eo modo, quo ille interpretatur. Verum non ita loquitur Ulpianus in supra scripto loco, ut hic consistat: sed quid intelligat verbo iuris, explicat exemplo; dum ait, veluti ex legato. Ut iam verbis ipsis illius perinde habeatur, quod prius dixerat, quasi dixisset non esse utenti necesse docere de titulo, quo aqua constituta est. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum possessionis nanciscendæ, sed modum, quo aqua iure civili imposita sit, multo minus verbis convenit. Potest enim servitus legari ab eo, qui non sit dominus fundi: a quo servitutem iure impositam nemo dixerit. Quod si a domino 4 legatam accipiemus, iam hoc non convenit loci sen-

ten-

tur, sive i'le isti successerit, sive quavis alia ratione istius prædi possessionem adeptus sit. Neque aliud probat recte perpensa *d. L. 2. C. h. t.* Verba enim, *per possessionem* convincunt proprietatem eius fundi, ad Martialem, quo sciente aquam duxisse consulens proponitur, non pertinuisse *L. 115. de V. S.* Quin verba confestim subiuncta, *exemplo rerum immobilium*, firmiter arguunt, nec facilius admittu hanc acquisitionem, quam si eadem requisita, quæ in rerum immobilium usucapione leges desiderant, inter quæ & titulus est, intervenerint. Dices. At rerum soli usucapio non desiderat cuiusquam scientiam. Nec sic igitur similitudo convenit. Resp. Nihil vero hic diversum. Non enim scientia talis requiritur ut sciat vicini fundi possessor nullum ius aquæductus ex. gr. competere vicino servitute utenti (imo tunc maxime curret quasi usucapio, quando existimat eum suo iure facere) sed satis est si sciverit facto ipso vicinum aquam ducere; si id nec se invito nec occulte, nec ad tempus indulgente faciat, ac ita nec vi, nec clam, nec precario ab eo utatur. Ideo autem hoc, quia hæc scientia & patientia est loco possessionis *L. 1. in fin. R. P. L. 11. §. 1. de Publ. in rem.* Nisi igitur patiatur & sciat vicinus, nec quasi possessio habetur. Belle igitur similitudo convenit. Nam & ut ex traditione rei corporalis usucapiendi facultas sit, requiritur voluntas actoris a quo possidendi caussa *supr. Lib. 5. C. 18.* Quin & si a domino imponitur servitus, requiritur & titulus & scientia illius, *L. 16. si ser. vind.* Eadem igitur & in persona non domini intervenire debent ut transeat usucapiendi facultas *§. 5. I. Per quas pers.* Et hæc scientia est quam exigi convincunt aliæ leges *d. L. 1. §. ult. de aq. pl. L. 10. si serv. vind.* dum usum, nec vi, nec clam, nec precario habitum desiderant. Minime enim sequitur scientiam veri prædii domini requiri. Pone dominum forte 100. miliaribus abesse per annos 30. Alius (sive cum titulo, sive sine eo, quoad hoc non refert) aquæductum per illius fundum habuit interea, a nemine precibus obtentum, palam, nullo resistente. Quis dicet hunc usum clandestinum, violentum, precariumve esse ob inscientiam domini absentis; de quo celando ne cogitare quidem potuit aquæductus usum; qui alium, possessorem videlicet dominum putavit, hunc ignoravit. Clam vero facit is, qui celat adversarium, a quo controversiam timet *L. 3. §. pen. Quod vi aut clam L. 6. pr. de acq. possess.* Neque igitur domini scientiam requiro, nisi eo casu, quo titulus ab alio possessore habetur, & nondum expleta usucapione dominus possessionem rei suæ acquisivit vel recepit. De quali specie *d. L. 2. C. h. t.* Si omnino de domini scientia loqueretur, accipere nihil vetaret. Rescripta enim ad propositos casus emanarunt. Nullus itaque est secundus modus quasi usucapionis. Et cum nec tertius, quem noster facit, proprie sic dici possit, fatente eodem: una erit ac simplex servitutes quasi usucapiendi ratio, sicuti & rerum corporalium, quarum exemplo hæc inducta *d. L. 2.* Nihil iam obstat *L. 1. §. ult. de aq. pl.* Nam (1) vere non imposita servitus etiam quæ bona fide & iusto titulo a non domino accepta *L. 6. in fin. pr. L. 8. Comm. præd.* & ne quidem usucapione expleta, imposita proprie dicitur, sed quasi imposita, per *d. §. ult. v. videatur.* (2) Nihil hic peculiare habere servitutes convincunt voculæ *&* ac *hoc idem*. Dicit IC. *Et in servitutibus hoc idem sequimur*, id est, *idem*, quod in corporibus obtinet, trahimus ad servitutes, licet de his maior sit dubitatio. (3) Verba *neque vi &c.* non arguunt requiri scientiam domini, sed possessoris *L. 6. pr. de acq. poss.* ut ex dictis patet. Quin vel ex his ipsis verbis Ræv. *de L. Scribon. C. 7.* tituli necessitatem adstruit. Quomodo, ait, ostendet se usum, *non vi*, nisi auctore nominato, *non clam*, nisi denunciaverit domino (dicere debebat possessori) *L. 3. §. pen. non precario*, nisi doceat qua auctoritate ius nactus fuerit. Quæ tamen an satis firma sint nolim asserere. Sufficit mihi, si hæc verba tituli necessitati non adversantur, etsi forte nec eamdem inferant. Neque enim si hinc non probatur, ideo nulla est, modo de ea constet aliunde, vel ex iuris ratione. Semper supponendi sunt termini habiles. Nec obstat *L. 10. si ser. vind.* Nam (1) ea accipi potest, iuxta expositionem Rævardi ut *supra hac N.* (2) Nec Duareni interpretatio absurda. Qui immo *ius quo aqua constituta est*, incongrue exponitur de titulo. Nam verum non est titulum qui a non domino habetur constituere servitutem *L. 6. in fi. com. præd.* Nec resistunt verba sequentia *veluti ex legato*, quæ interpretationem capiunt ex præcedentibus. Possunt accipi de legato alterius quam domini, possunt etiam de domino legante, & sic debent, ut exemplum conveniat propositioni, quia legatum alterius non est ius aquæ constituendæ *d. L. 6. in fin.*

4) Nihil hæc obstant. Indubium est, titulo a domino accepto, statim acquiri. Verum hoc maxime dubium, quod tractat Ulpianus *d. L. 10.* an aliter, quam statim acquiratur; & an diuturnus usus quidquam proficiat, si non de iure constitutæ aquæ, id est, de ea a domino accepta doceatur.

tentiæ, in quo quæstio posita est de eo, qui ius aquæ ducendæ nactus est diuturno usu & longa quasi possessione; non de eo, qui nactus est statim; de quo certe nulla esset dubitatio. At si cui legata esset servitus a domino prædii, nemo ignorat & statim, & optimo iure iam a principio fore constitutam. Ac ne illud quidem verbis convenit, ut dicamus eum, qui longo usu ius aquæ ducendæ nactus est, non habere servitutem constitutam iure civili, sed tantum utilem actionem habere. Longe enim aliud est dicere aliquem non habere servitutem iure constitutam: aliud non esse necesse ei, docere servitutem constitutam iure. Nam qui prius dicit, omnem contrarium probandi non necessitatem, sed facultatem adimit. Qui autem dicit posterius, hoc significat contrarium probari posse, si reus velit: sed non esse ei necesse id facere, quia etiam si servitus iure ipso non sit imposita, tamen hoc casu nihil noceat. Sed demus hanc esse sententiam Ulpiani, eum, qui longo usu ius aquæ ducendæ nactus est, sic utili tantum iure servitutem nactum esse, seu ita utilem tantum actionem de servitute habere, ut tamen non sit ei necesse docere de iure civili & directo, quo aqua constituta est, aut quæri potuit. Sententiam hoc modo efficimus inutilem, positam videlicet de eo, de quo nemo possit iuste dubitare. Plusquam enim certum est iure, eum qui utilem actionem habet, non necesse habere quidquam probare de directa, quia si diceretur habere directam, non desideraret utilem: & qui utilem habet non desiderat directam, cum utraque iure certo eamdem vim & potestatem habeat. *L. actio, antep. D. de neg. gest.*

XV. Moveri non debemus illis sententiis, quibus definitur, nullo iusto titulo præcedente possidentes ratione iuris dominium quærere prohiberi; *L. nullo. C. de rei vind* item, non præcedente vero titulo usucapionem non procedere, ut sine hoc aliquo obtentu domini intentio ullo unquam tempore absumatur, *L. ult. C. de usuc. pro her.* Nam & possessionis, & usucapionis, & dominii verba, quibus superiores sententiæ absolute conceptæ sunt, declarant eas scriptas esse de usucapione rerum corporalium, in quas solum proprie cadit possessio, usucapio, dominium. Sane vero in rebus corporalibus nulla est usucapio, nisi iusto titulo præcedente. Num ergo idem ius esse diximus in servitutibus? Immo superiores loci alia definitione omni in his utentes, & præsertim *L. 1. §. ult. de aq. plu. arc.* quæ nominatim addidit, in servitutibus hoc nos ius sequi, quod supra diximus, aperte ostendunt in harum usucapione aliud ius observari. Et ne moveamur exemplo, ratio in promptu est. Non illa vulgaris inepta, quia servitutes sint res [5] parvi momenti, quæ sæpe sunt maximi: sed hæc, quam superiores sententiæ suggerunt, quia, ut est acquisitio, de qua nunc agimus, hoc exigitur, ut quis servitute utatur domino prædii sciente. Scientia domini, & patientia tot annorum iustam probationem adferunt iure constitutæ servitutis. Non est enim verisimile dominum tamdiu utentem passurum fuisse, nisi sciret, aut vellet etiam ipse iure constitutam esse servitutem. Diuturnitas temporis adversus eos, qui patiuntur, huiusmodi probationem in usu iuris afferre consuevit. *L. qui in aliena, 6. §. 1. D. de acquir. hered. L. cum de in rem verso, D. de usur.*

XVI. Tertius modus usu acquirendæ servitutis huius item generis proprius; nec minus iure receptus hic est, ut servitus sine alia conditione iure constituta habeatur, si usus origo memoriam hominum excedat. *L. 3. §. ductus, D. de aq. quot. & æst.* Quod si ita est, apparet hunc modum differre his rebus a duobus prioribus, quod hac diuturnitate temporis posita neque titulum possessionis desideramus, ut in primo; neque scientiam domini prædii, ut in secundo. Sed sola illa longinquitas valet ad usucapionem. Itaque vere supra diximus distinctas esse usucapiones, & unamquamque ita habere suas utilitates, ut qui uno modo ex his servitutem usucapi dicat, non ideo removeat cæteras tanquam inutiles. Neque pluribus modis servitus per se usu acquiritur.

XVII. Uno modo usu capitur per consequentiam, cum usucapitur [6] cum prædiis, cuius usucapionis mentio est in *L. si aliena, § hoc iure, de usucap* Id autem tum fit, cum prædium ipsum, cui servitus debetur, usucapitur. Prædium usucaptum, & hoc modo translatum ad alium, cum sua conditione ad novum dominum transit. *L. via, §. si fundus, D. de*

5) Ita Matt. Laudens. *in L. 14. h. t. n. 7.* Cæpolla *de Serv. urb. C. 20. n. 6.* quia non agatur de acquisitione dominii, sed de conditione rei gravandæ, (Unde aliud esse in usufructu qui pars dominii) quod & reprobat A. Fab. 19. *Conject. 10.* Alia ratio Cæpollæ est, quia servitutes hæ quæruntur rei, quæ sibi providere non potuit de titulo. Nugæ.

6) Vid. M. Lyclama *Lib. 2. Membr. ecloga 6.* qui in hoc differentiam quandam facit inter urbanas & rusticas servitutes.

de servit. urban. præd. Sic fit; ut hic non servitus usucapiatur per se ullo modo: sed prædio vere usucapto, servitus iam ante prædio debita sequatur, atque ita videatur ipsa quodammodo per consequentiam prædii usucapi.

C A P. XIII.

De iure servitutis constitutæ: Quid ea contineat, quid cui tribuat quæsita, quid de iure prædii servientis adimat. Ac primum quatenus constituta efficiat prædia, in quibus consistit, cum id, cui imponitur, tum id, cui acquiritur.

Ordo & partitio. I.
Ius servitutis ad prædia primario; secundario pertinet ad personas. II.
Est ius idem prædio utrique cum dominanti, tum servienti semper affixum. Quæ ex hoc consectaria. III. IV.
Dominanti quæsitum ius illud, omnibus eius partibus debetur. V.
Servienti impositum, partibus eius omnibus & ab initio & postea interdum incumbit; nonnunquam omnibus, sed ab initio dumtaxat: ut plurimum uni eius parti, etiam ab initio tantum inhæret. VI.
Parti uni, si aut demonstratus certus servitutis locus, aut etiam in servitutis constitutione certa designatus. VII.
Omnibus perpetuo fundi partibus: cum nominatim totus fundus addicitur servituti. VIII.
Ab initio omnibus, sed uni postea dumtaxat: cum indefinite constituta servitus omnes ab initio habet obnoxias fundi partes quoad electionem; at unius dumtaxat & certæ partis usum requirit. IX.
Superior ista distinctio, & huic accommodata definitio veteribus placuisse ostenditur; & contrariis occurritur. X. XI. XVI.
Electio certæ partis in fundo serviente ad eum spectat, cuius prædio acquiritur servitus. XII.
Ad legatarium, non ad heredem. Interpretatio L. si via 26. D. de servit. præd. rustic. XIII.
Qui loci fundi servientis excipiantur ab electione. XIV.
Exceptionis interpretatio, & defensio. XV.
Electione facta certæ partis fundi, per quam iter aut via v. c. dirigatur, non licet amplius ab ea discedere. XVI.
Pars illa quantæ latitudinis esse debeat, interest utrum servitus, nullo demonstrato loco, sit constituta; an certo loco demonstrato. XVII.
Priori casu, latitudo retinenda, quæ est lege definita; aut si hæc desit, ea, quæ conveniat constitutioni servitutis, capienda. XVIII.
Posteriore, latitudo ex capacitate loci metienda, & genus servitutis ex ea æstimandum. XIX.

I. SErvitute constituta, quæsitaque, ut diximus; quærendum ordine de iure servitutis: idest, quid contineat, quid, cui tribuat quæsita, quid de iure prædii servientis adimat. In quo est vis & utilitas servitutis constitutæ. Res una, cuius caussa servitutes comparantur.

II. Servitutis ius partim ad prædia, partim ad personas dominorum pertinet. Ad prædia ipsa primum, in quibus consistit, sive his acquiritur, sive his imponitur servitus. Sic deinde ab his dominii iure transfertur ad personas, & usum dominorum.

III. Ad prædia primum ita pertinet, ut sive prædium id spectemus, quod servitutem præstat, sive id, cuius caussa servitus constituitur, utrobique proprie non aliorum sit servitus, quam prædiorum. Illud constat, si cui prædio servitus imponitur, hanc illius prædii servitutem esse, non personæ. Unde & prædium ipsum [1] servire dicitur, non persona. *L. cum fundus, D. com. præd. L. certo,* §. 1. *L. via,* §. *si fundus, L. si mihi concesseris, D. de serv. rust. præd.* & passim. Sed non mirum in servitute prædii, cum de prædio serviente agitur: cum & hoc idem in servitute personæ accidat, quæ alicui rei imposita, hanc

1) Et hinc rem derelinquendo onus servitutis effugere licet *L.* 6. §. 2. *in fin. si ser. vind.* quod non liceret si homines deberent non res *L.* 7. *pr. de aq. pl.* Io. Sup. *ad L.* 1. *h. t. n.* 2.

hanc afficit, huic cohæret, ut nec mutatione dominii eius amittatur. *L. neque D. quib. mod. uſ. amit.* Dubitari potuit de eo prædio, cuius cauſſa ſervitus conſtituta eſt, uum & huius ſervitutem dici oporteret, ac non potius domini, qui ſui uſus & commodi cauſſa acquirat ſervitutem. Sed & iu hoc prædio hæc conditio eſt ſervitutis, ut ea prædio acquiratur, unde & prædio dicatur deberi, & prædii eſſe, non perſonæ. *L. certo*, in pr. *L. via, §. ſi fundus*, & *§. ult. L. ſi mihi eodem*, iu fi. *L. unus, D. de ſerv. ruſt. præd.* Qua ex re & fundus ſerviens huic ipſi prædio ſervire dicitur. *d. L. cum fundus, com. præd.*

IV. Hæc res facit, ut ſive fundus ſerviens, ſive is cui ſervitus debetur, mutato dominio ad alium tranſeat, utroque uſu durent ſervitutes, & ſequantur fundum; ut ſive ante debuit, etiam alienatus ſerviat: ſive ei ante debebatur, etiam alienato eo, eadem debeatur ſervitus: re utrobique cum ſua conditione ad alium translata. *d. L. via, §. ſi fundus, de ſer. ruſt. præd. d. L. cum fundus, com. præd. L. traditio, D. de acq. rer. dom.* Quod cum eo iure fiat, quo ſervitus prædiorum ipſorum eſt: neceſſe eſt id ſtatui, non tantum ſi volente domino priore prædium alienatum erit: quo caſu facile dici poteſt ut prædium, ſic inhærentes ſervitutes voluntate domini recte transferri: ſed etiam si ab invito domino prædium transierit ad alios, veluti si erit publicatum. *d. L. via, §. ſi fundus.* Ex quo eſt, quod placuit, si quis uſuceperit fundum, cui ſervitus debebatur, videri etiam eum cum fundo ſervitutem uſucepiſſe, atque hoc modo ſervitutes in univerſum cum prædiis uſucapi poſſe. *L. ſi aliena, §. hoc iure, D. de uſuc.* nempe ideo, quia ſervitus prædium ad alium trauslatum ſecuta eſt: & quia ſecuta per occaſiouem uſucapti prædii, prope eſt, ut per eamdem cauſſam videatur ad novum dominum perveniſſe, ac proinde cum prædio uſucapta eſſe. Re autem vera nihil uſucaptum eſt, niſi prædium. Tantum prædium ſuæ conditiones ſequuntur, non tamen propter uſucapionem, ſed propter prædium, quia & ſine uſucapione futuræ eſſent eædem prædii conditioues. Quod ſi in ſingularibus ſucceſſoribus recipimus: multo magis in heredibus & univerſi iuris ſucceſſoribus recipiendum eſt, ut ſcilicet mortuis dominis non finiantur morte ſervitutes, ſed cum prædiis tranſeant ad omnes ſucceſſores, ut omnia quæ perſonæ non cohærent. *L. non ſolum, 2. §. tale, D. de lib. leg.* Quippe prædii erat ſervitus, non defuncti. Mortuo autem domino nihilominus prædium manet. Unde intelligitur, durabiles eſſe has, atque adeo perpetuas ſervitutes; non, ut quæ ſunt perſonæ temporales. Ideo proprie & vere ſolas eſſe ſervitutes, quæ efficianr, ut perpetuo res ſerviat. Ut non ſit mirum ſi hæ ſpecialirer & per excellentiam dicantur uno verbo ſervitutes, ut ſupra attigi. *L. 4. L. ut pomum, D. de ſervit. L. 4. L. 6. §. 1. de ſervit. ruſt. præd. §. ult. Inſt. de uſu. & hab.* Ex hoc iure prædiorum illud eſt, quod de uno ex ſociis cauſſam communis ſervitutis agente traditur, ſi ſententia ſecundum eum dicta ſit, tamen ſententiam dari prædio, non ſocio agenti. *L. liberto, §. ult. D. de neg. geſt.* Neque hoc ſine certo fructu. Hanc enim vim habet, ut victoria eius proſit etiam aliis. *L. 4. §. ſi fundus, D. ſi ſer. vind.* Idque ideo, quia ſi quid ſententia datum eſt prædio, ueceſſe eſt pariter ad omnes pertinere, qui in eo prædio dominium habent. Quod ſane futurum non eſset, ſi ſentenria dicta eſset perſonæ: quoniam res inter alios iudicatæ, aliis nec nocent, nec proſunt. *L. 2. C. quib. res iud. non noc.*

V. Sit ergo hoc conſtitutum in iure prædiorum, ſervitutem omnem prædii ita eſſe duorum prædiorum, ut quatenus uni ſervienti impoſita eſt, eatenus id ſerviat ae ſervitus prædium ſequatur: & rurſum quatenus conſtituta eſt alterius cauſſa, eatenus ei debeatur, ſitque eius propria, quamobrem & ea alienatum itidem ſequatur, & manenti uſu ac iudicio ab uno ex ſociis retineatur. Solum hic videndum erir in utroque, quatenus ſervitus ad utrumque pertineat. Quæſtio in eo eſt, in prædio quidem dominaute, utrum ſervitus alicui prædio conſtituta, omnibus eius partibus debeatur; an uni alicui parti, vel pluribus, & quibus. In prædio autem ſerviente, utrum alicui fundo impoſita debeatur per omnes eius partes, ut totus fundus ſerviat: au vero per unam aliquam certam, quo hæc ſola ſerviat, cæteræ ſint liberæ. Et de fuudo, cui debetur ſervitus, ita traditur: quæcumque ſervitus fundo debetur, omnibus eius partibus deberi. Hiuc locum fieri ſuperiori iuri, ut quanvis particulatim veuierit, omnes partes ſervitus ſequatur, quanta ad eam partem pro portione opus eſt. Hoc in *L. via, §. ult. L. ſi partem, D. de ſervit. ruſt. præd.* Sumptum ex eo, quod aperte in ſervitute cnnſtituenda agitur. Quippe ſervitus prædii cauſſa conſtituta eſt. Non ergo unius alicuius partis, ſed totius prædii.

VI.

VI. Non eadem caussa est prædii servientis. Hic interdum omnes partes serviunt sine exceptione & ab initio, & postea. Sed ut plurimum una pars tantum vel ab initio. Nonnunquam omnes quidem, sed ab initio dumtaxat, nondum electo loco, per quem dirigeretur servitus, Semel autem determinato loco contra. Atque hæc ita sunt, ut est constitutio servitutis. Hinc enim superior varietas nascitur. Interest igitur, utrum certus locus designatus sit servituti in fundo, an servitus generaliter per fundum constituta. Quod de fundo dico, de omni prædio intelligendum est.

VII. Si certus locus demonstratus est, per quem iretur, exempli gratia, ageretur, hic solum consistit servitus: cæteræ partes liberæ sunt. Nam hoc ita fieret, si in libera loci electione determinatus esset postea locus ab arbitro seu iudice. *L. certo, §. 1. D. de servit. rust. præd.* Multo magis idem dicemus, si locus iam a principio designatus erit certo servitutis constitutione.

VIII. Quod si iter actusve generaliter constitutus erit, non demonstrato loco, per quem iretur, ageretur: refert, utrum nominatim ita constitutus sit, ut totus ager itineri aut actui serviret, an simpliciter. Si nominatim ut fundus serviret totus; expeditum est. Et hic ex conventione serviet totus, servitute ita diffusa, ut omnes glebæ serviant. Quod eo pertinet, ut cui servitus debetur, cum per unam partem ire, agere cœperit, liceat ei postea per aliam ire agere, & mutare quoties libet. *d. L. certo, §. 1. de serv. rust. præd.*

IX. Sin erit iter, actus, aquæductus per fundum constitutus simpliciter, (est autem simpliciter, ut explicatur in *L. si cui, D. de servit.* in infinito, id est, indefinite, ut ita dicatur, tibi ius est per fundum hunc meum ire, agere; nulla videlicet loci demonstratione adiecta, per quem eatur agatur; & rursum nulla nominatim conventione interposita, ut per totum libere uti servitute liceat) hic indefinitam constitutionem sic acceperunt veteres, & recte, ut ab initio quidem totus fundus serviret ad eligendam quamvis partem, per quam ei, cui servitus constituta est, ire agere liceret: nisi si quas partes excipi æquum esset, & sine actoris iniuria. Semel autem electo & determinato loco, per quem servitus directa esset, non amplius ius esset mutandi, sed ibi servitus consisteret, cæteræ partes essent liberæ. Aut si quid hic etiam brevius placet & planius; hæc in summa distinctio est de partibus fundi servientibus, de quibus in proposito quæritur, ut ad electionem quidem eius partis, per quam servitus dirigenda sit, omnes partes fundi serviant, nisi si quas hoc excipi æquitas suadeat. Ad usum autem servitutis nunquam amplius serviat, quam pars una & ea certa.

X. Id sensisse veteres, & recte sensisse ita facile constabit, si in singulis partibus superioris distinctionis reperientur consentire illorum sententiæ, & hæ ipsæ verbis constitutionis convenire. Difficilius utrumque, ut videtur, cum propter discrepantes ac velut dissentientes verbis illorum sententias, quæ in Pandectis in hoc argumento de hac re exstant; tum propter verba generalia constitutionis, quæ omnes partes fundi servituti subiicere videntur. Sed tamen utrumque ita esse, ut supra dixi, partes ipsæ ordine expositæ declarabunt.

XI. Principio cum iter, actusve simpliciter constituitur per fundum alicuius, id est, non destinata parte, per quam eatur, agatur; totum hic fundum servire ex Paulo scriptum est in *L. si mihi concesseris, D. de ser. rust. præd.* Idem expressit Celsus in *L. si cui, D. de servit.* qui in hac specie ait ei, cui simpliciter via per fundum cessa vel relicta est, per quamlibet eius partem ire agere licere, Et hoc servitutis constitutio non solum patitur, sed etiam exigit. Est enim hæc oratio, *per fundum*, de toto. Cui convenit, ut omnes partes fundi contineantur. *L. in toto & pars, D. de reg. iur.* Sed sciamus omnem hanc servitutem partium omnium ab initio esse, & spectare tantum ad electionem unius partis ex omnibus, per quam in posterum ire agere liceat: non etiam ad usum liberum cuiusvis partis, quoties una aliqua uti visum fuerit. Servit totus fundus ei, cui servitus simpliciter constituta est: sed ut possit, inquam, ab initio eligere, quam velit partem, per quam eat agat. Cæterum parte aliqua semel determinata, & servitus in una ea parte consistit, & simul ea electio tollitur. Hoc ex Iaboleno diserte in *d. L. certo, §. 1.* illic, *at si iter.* & *§. ult. D. de ser. rust. præd.* Neque vere aliud sensit Celsus in *d. L. si cui. de servit.* qui cum absolute posuisset illud superius similiter ut Paulus, cum simpliciter via per fundum constituta est, per quamlibet fundi partem ire agere licere: id postea interpretatus ita temperavit: verum, inquit, constitit, ut qua primum viam direxisset, cui servitus cessa est, ea demum

demum ire agere liceret. Prior ergo illa per omnes partes eundi facultas ad electionem unius partis fundi fuit ab initio, ad usum cuiusque partis nunquam. Si quidem ante electionem certi loci nullus fuit servitutis usus. Post autem, quam actor uti cœpit, iam incipit ea pars, qua usus est, sola servire, cæteræ esse liberæ. Quam hoc recte placeat, tum sciεtur, cum intellexerimus, cur determinato semel loco mutare non liceat. De quo postea suo ordine.

XII. Nunc de electione ista libera, quæ initio fit, quærimus. De qua etiam adhuc hæc amplius cognoscenda sunt, cui hanc demus, & quas partes in ea, & quam recte excipiamus. Et hanc ei 2) dari, cui servitus constituta est, satis aperte significatur, cum dicitur ab initio totus fundus ei servire; item licere ei per quamlibet partem fundi ire agere. Neque enim totus fundus ei servit, aut per quamlibet partem ire agere potest, si est in potestate constituentis concedere, quam partem velit, & euntem agentem per alias partes impedire.

XIII. At videamus, ne cum superius dixerit ipse Paulus in *d. L. si mihi concesseris. de servit. rust. præd.* hoc idem neget in *L. si via. eod. tit.* ubi servitute si simpliciter per fundum legata, facultatem tribuit non legatario, per quam partem ire agere velit; sed nominatim heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem. Et essent plane hæc contraria, utpote aientia & negantia, si simpliciter Paulus tribueret istam electionem heredi. Sed tribuit sub conditione, si modo nulla captio legatario in servitute sit. Hæc conditio rem expedit, & eam ipsam electionem, quam veteres legatario tribuunt, confirmat. Ista enim conditione & ipse legatario tribuit hanc electionem, si qua eius captio aliter futura sit: & si nulla sit eius captio, denegat. At hoc ipsum sentiunt & veteres, cum dicunt legatario totum fundum servire; aut licere legatario, per quam velit partem, ire agere. Partes enim quasdam & ipsi excipiunt in hac electione; de quibus mox. Quibus exceptis, plane confirmatur & explicatur superior Pauli distinctio. Recte enim ita dicetur: Per eas partes, quæ exceptæ non sunt, ire agere potest legatarius, ut vult, vel auctore Paulo; quia cum per eas omnes fundus serviat, aperte captio sit, & iniuria fiat legatario, si illi per eas servitutem petere non licebit. Per exceptas contra ire non poterit, quia per eas fundus non serviat. Sed ita, nisi malit heres & per eas partes illi servitutem constituere. Quod si vult; tum fit locus facultati illi, quam Paulus supra heredi tribuit, ut possit eligere, non in universum per quam partem velit constituere servitutem, sed specialiter per quam velit ex his; vel ut per exceptas partes constituat arbitratu suo, vel ut non exceptas liberas relinquat legatario. Quod sentire Paulum conditio ab eo adiecta indicat. In istarum enim partium electione solum accidit, quod vult, ut nulla sit captio, nulla iniuria legatarii. Ex hac incertitudine locorum, per quæ & qui acquirit servitutem, & qui constituit, ille sibi sumendi, hic constituendi sibi arrogat potestatem, incidere sæpe solet controversia in hac specie de loco, per quem servitutem constitui oporteat. Quod si eveniet, monetur in *d. L. certo. §. 1. de ser. rust. præd.* arbitrum dandum esse, qui viam determinare debeat. Quod dicitur non otiose; sed ut intelligatur, nihil hic certi lege definitum esse, ubi in hac controversia is locus, quis, & quantus esse debeat: ideo ad arbitri directoris officium esse confugiendum. XIV.

2) Consentit Bron. 2. *Aff.* 6. quia si in potestate heredis vel concedentis esset eligere, totus fundus non serviret, Cæpolla *de serv. urb. C.* 23. *n.* 3. distinguit, (1) inter simplicem concessionem *d. L.* 9. & generalem, ubi etiam variationem post factam electionem permittit. Et *n.* 4. interesse putat an verba directa ad heredem, an ad legatarium, ut attendatur in cuius favorem adposita sint. Cuiac. *in not. ad d. L.* 9. distinguit inter servitutem legatam per vindicationem, ubi electio datur ei cui relicta, & per damnationem ubi heredi. Quidam volunt electionem primo heredis esse *d. L.* 26. Si vero is nolit vel negligat eligere, legatarii. Coras. *ad L.* 9 *hoc tit. n.* 6. Quod displicet Charondæ 1. *Verisim.* 5. quia in *d. L.* 9. nulla recusationis mentio. Ipse putat nihil interesse uter eligat, modo heres sine captione legatarii, *d. L.* 26. legatarius civiliter *d. L.* 9. id est, sine servientis detrimento. Superior *ad d. L.* 9. *n.* 4. neutrius esse electionem, sed ad arbitrum recurri, nec vel legatario tribui, nisi ut heredis, vel heredi nisi ut legatarii caussam agat. Sane solutio nostri ad *d. L.* 26. quam probat Bronc. *d. Aff.* 6. ictum, si quid mei iudicii est, non perfert. Nam sic (1) erit *d. L.* 26. de casu indubitabili (2) de improbabili & rarius contingente. Quis enim facile ita supinus ut per medias segetes vel vineas usum viæ potius concessurus sit, quam per aliam fundi partem, qua legatario ire liberet. Nec ulla quoque in eo utilitas legatarii, cuius magis interest viam constitui per propinquiores & commodiores partes fundi, tametsi non sint ex locis exceptis. Quare haud scio an non rectius sentiant, qui electionem hic heredi tribuunt ex verisimilis testantis mente, qui minimum gravasse heredem censetur, & quia electio fieri debet minore servientis fundi detrimento, Vital. 2. *Var. Lect.* 10. (qui & hoc inde liquere scribit, quod etsi legatarius nequeat, dominus tamen variare possit si sine incommodo legatarii fiat *L.* 2. *§. pen de reliq.*) Pac. 3. Q. 52. Idque eo magis quod cum sine captione legatarii heres eligere debeat, & locum eiusmodi definire, quo nihilo deterior caussa servituris reddatur, quam si legatarius eligeret, inde patefit rationi illi, quæ alias in legatis electionem dat legatario, vid. *Lib.* 8. *C.* 19. *N.* 17. *cre.* hic locum non esse. Illic enim electio inter res diversas & disparis pretii, ubi sæpe interest unam habere præ altera. Quid vero ad *d. L.* 9. Resp. recte Pac. *d. loc.* non ibi definiri cuius sit electio, sed eo supposito, quo casu est electio legatarii (forte si a testatore nominatim concessa) qualis sit, per quam fundi partem.

XIV. Venio ad ea loca, quæ in ista ipsa electione, quæ initio fit, excipi dicimus. Ergo cum servitute simpliciter per fundum cessa aut legata, dicimus ex verbis totum fundum servire, eoque & in eum, cui servitus constituta est, posse per quamlibet partem ire agere: placet tamen quædam loca excipi, per quæ ne ab initio quidem possit is viam eligere, cætera autem tantum eo nomine servire. Ea loca indicantur hæc in *L. sed quæ loca*, 22. *de ser. rust. præd.* ædificia, arbusta, vineæ. Ut proinde quæ serviant, sint ea, quæ sunt ædificiis, arboribus, vineis vacua. Paulo explicatius & certius Celsus de toto genere horum locorum complexus est in *d. L. si cui, de servit.* ea generali oratione posita, ex qua intelligeremus in universum, per quæ loca auctori ire agere liceret, per quæ non liceret. *Quædam*, inquit, *in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est; cum idæque commode per alteram partem facere possit, & minore servientis fundi detrimento.* Hæc ratio nos admonet duo esse tempora, quibus per quævis loca sine discrimine servitutem petenti ire agere liceat. Unum, si per omnia iri agi æque commodum sit fundo servienti. Alterum, si incommodum illi quidem, sed per omnia æque incommodum. Contra vero tunc illi exceptioni locum esse, cum omnia quidem loca sunt ea, per quæ actor æque commode ire agere potest: sed ex his quædam, per quæ potest minore incommodo servientis fundi: alia, per quæ non potest sine certo eius fundi detrimento. Hæc vero posteriora excipi. Quo posito, non consistemus in ædificiis, arboribus, vineis: sed videbimus, quænam ista loca sint, quæ dicimus, quæ facile usus & experientia communis indicabit. Ac generaliter definiemus quæcumque huius generis sunt, omnia excepta intelligi, ut sunt prata, horti, viridaria, loca ad voluptatem parata, & si quæ sunt similia.

XV. Sed cum hæc excipiantur contra generalitatem orationis, quæ servitutem sine exceptione per fundum constituit; conveniebat huius exceptionis rationem reddi. Alioqui maneret hoc loco ea obiectio, quam verba statuunt, ut quoniam constituitur servitus per fundum, in toto etiam omnes partes fundi contineri intelligantur. *L. in toto & pars, D. de reg. iur.* Similiter ut generali oratione placet contineri omnes species eius generis. *L. si servitus, D. de servit. urb. præd. L. Mævius*, 66. *§. duorum, D. de leg.* 2. Et Celsus in *d. L. si cui. de servit.* huic ipsi obiectioni tacitæ occurrens, non negat hæc loca fundi, quæcumque sint, contineri simplici oratione constitutæ servitutis: sed quædam in sermone tacite excipi ait; ex hoc autem genere esse superiora. Quæ cum excipi dicit, satis verbis contineri significat. Unde ergo exceptio, cum verbis nihil hic exceptum videamus? Continetur, inquit ille, servitutis constitutione, ut servitute per fundum simpliciter constituta per quamlibet partem ire agere liceat, sed ita, dum *modo civiliter*, seu dum *civili modo* (tot enim modis locus legitur) unde & illud tacite exceptum, ne inciviliter. Nostris civiliter quid fieri dicitur, quod fit ut bonos & honestos cives decet, id est, bono more, sine dolo malo, sine captione, non malitiose. Quod contra, inciviliter. *L. ult. §. pen. & ult. D. quod met. cau.* Quod in proposito accidit ei, qui per loca illa excepta ire contendit. Est enim manifestæ malitiæ, cum æque commode per aliqua loca ire possis minore fundi servientis incommodo, ea eligere, per quæ sine certo eius detrimento ire agere non possis; scilicet non ut tibi prosis, sed ut adversario noceas. Quod ideo in hac causa concedendum negat Celsus, id sentiens, quod ipse alibi apertius definivit, malitiis non esse indulgendum, ubi quid postules, ex quo nihil laturus sis, nisi ut officias. *L. in fundo, D. de rei vind.* Sed & hoc in sermone exceptum ait. Et cum verbis exceptum non sit, relinquitur, ut exceptum intelligatur legantis aut contrahentium sententia. Non enim plura sunt, ex quibus constet conventio, & omnis oratio. *L. iurisgentium, §. pactorum, D. de pact.* Et hæc sententia ex fine servitutis constitutæ non obscure colligitur. Quorsum enim servitus omnis? non utique ut vicinum quisquam servitute oneret, sed ut acquirat, quod sibi sit commodum. *L. quoties*, 1. *D. de servit.* Proinde contra mentem & propositum servitutem constituentium, ut quis in servitute sibi non prosit, alteri tantum noceat. Bene ergo, nec præter conventionem excepta superiora loca, ne per ea ire agere liceat, quanvis servitute simpliciter per fundum constituta. Cætera omnia ex verbis constitutionis serviunt: licetque in his per quamlibet partem ire agere.

XVI. Sed hæc, inquam, ab initio ad electionem loci, per quem deinceps eatur agatur. Semel autem determinato eo loco, placuit tertium, quod dixi, ut qua primum actor viam direxisset, ea demum

ire agere deberet, nec amplius mutandæ eius poteſtatem haberet. *d. L. ſi cui, de ſervit.* Denique ut ea ſervitus conſiſteret, cætcræ partes fundi liberæ eſſent, *d. L. certo*, §. 1. *de ſer. ruſt. præd.* At hoc an non iam perſpicue contra conſtitutionem, cum ſervitus ſimpliciter conſtituta ſit per fundum, non per unam aliquam fundi partem? Immo ideo maxime ſecundum conſtitutionem, quia ſervitus licet per fundum conſtituta, una tamen conſtituta eſt, non plures. Eſſent autem plures, exempli gratia, plures viæ, ſi uno loco ſemel viæ electo, etiam per alium viam dirigere liceret. Sane hoc ita eſt, dicat aliquis, ſi quis præter eum locum, qua prius viam direxit, ſimul nova loca eidem ſervituti occupet. At propone eum qui cum aliquem locum prius elegiſſet, hoc repudiato, alium eligat. Non poteſt omnino hic dici plus una via eligere, quanvis priorem mutaverit. Finge ergo aliquem id facere. Quidni ceſſante priore ratione hoc illi facere ex ipſa conſtitutione concedatur? Denegandi hæc ratio eſt, quod non modo hic una ſervitus per unum tantum locum debita fuit; ſed etiam ita debita, ut hæ, ſic ſemel per unum locum directa, ibi conſiſteret, cæteras partes actor ſervitute liberaret. *d. L. certo*. §. 1. *de ſervit. ruſt. præd.* Quippe ſervitutem delatam per locum electum ſibi quæſivit. Ea acquiſitione ius omne ſervitutis conſtitutæ conſumpſit. Quo conſumpto nihil habet amplius, quod poſſit ſervitutem novam per alium locum petere. *L. apud. D. de opt. leg.*

XVII. Inventa ea parte, quæ ſerviat, ſupererit adhuc circa hanc partem hæc dubitatio, quantam eam eſſe oporteat. Quod ſæpe dubium facit modo conſtitutio ſervitutis, modo latitudo eius lege aliqua conſtituta. Ideo & de eo nonnihil dicendum eſt, ut efficiatur omni ex parte ea pars certa, quam ſervire volumus. Et refert, utrum ſervitutis certa ſpecies, puta via, actus, iter conſtituatur nullo certo demonſtrato loco, per quem iretur, ageretur: an vero certo loco demonſtrato.

XVIII. Si nulla loci demonſtratione facta, ſervitus conſtituta eſt, latitudinem lege conſtitutam ſequemur, ſi mox ulla lege 3 ea latitudo definita eſt. Ut viæ latitudo lege duodecim tabularum ita conſtituta eſt, ut ſit octo pedum in porrectum, in anfractum autem, id eſt, ubi currus ſeu vehiculum flectitur, pedum ſedecim. *L. via*. in pr. *D. de ſer. ruſt. præd.* Finge ergo viam ſimpliciter conſtitutam: legitima hæc latitudo debebitur. Quod ſi ſervitutis nulla legitima latitudo eſt, ut accidit in actu & itinere; tanta latitudo eſſe debebit, quanta uſui ſervitutis conſtitutæ convenire videbitur. De quo ſi erit controverſia, de eo ab arbitro erit ſtatuendum. Hoc in *L. certo*. §. *latitudo*. *D. de ſer. ruſt. præd.*

XIX. Quod ſi demonſtrato certo loco, per quem iretur, ageretur, via conſtituta erit: hic iam non ſpectabimus, quæ ſit legitima latitudo ſervitutis appellatæ, ſed quantus is locus, qui deſignatus eſt. Ut ſi quidem locus demonſtratus latior ſit legitima latitudine, totus ſerviat; ſin anguſtior: non latius locus ſerviat, quam quatenus patet. Uſque adeo, ut si is locus viam non recipiat, actus tantum conſtitutus intelligatur. Si ne actum quidem recipiat propter anguſtias, iter tantum intelligatur conſtitutum. *L. ſi tam anguſti*, *D. de ſervit. L. via*. in pr. *D. de ſer. ruſt. præd.* Nec quia conſtituta eſt, quæ per eum locum non reperitur, ideo conſtitutionem inutilem eſſe dixeris, ut alias ſolet, cum non reperitur in rerum natura res, quæ promiſſa eſt. *Inſt. de inut. ſtip.* in pr. Ex ſuperiore enim conſtitutione cum certi loci demonſtratione coniuncta intelligimus placuiſſe, ut via eſſet, si per locum liceret: si non liceret, tantum conceſſum videretur, quantum poteſt. Neque id præter conſtitutionem ſervitutis. Nam cum via iter & actum in ſe contineat, *L. 1. D. de ſer. ruſt. præd.* qui hanc conſtituit, cætera etiam ſuperiora conſtituit: ut dicendum sit, si omnia coniunctim ex conſtitutione haberi non poſſint, attamen conſtitutionem 4 efficere, ut per ſe singula recte habeantur.

CAP.

3) *L.* 8. *R. P.* Cæpolla *de Serv. ruſt.* C. 3. *n.* 4. vid. Coraſ. *ad L.* 1. *de Serv. n.* 100. *& ſeqq.* Ant. Aug. 2. *Emend.* 11. *pag.* 113. Hotom. 2. *Obſ.* 21. Ræv. *ad LL.* 12. *tabb.* C. 14.

4) Ita & Duar. *ad d. L.* 13. Ratio dubitandi videtur nec iter, aut actus deberi, arg. *L.* 3. *de reb. dub.* Ratio decidendi: loquitur *d. L.* 3. de rebus diverſis: viæ autem iter ut minus maiori ineſt *L.* 110. *pr. de R. I.* ubi P. Fab. *pag.* 483.

CAP. XIV.

Servitus prædiorum facta, quid a prædiis ad dominos prædiorum transferat: seu quid ea utendi domino concedat; quid in onere servientis prædii domino imponat.

Rerum uexus & ordo. I.
Ius servitutis prædii, cui debetur, domino quæsitum in illius usu consistit. II.
Usus ille in duabus rebus cernitur, & quomodo. III.
1. *In ipsa servitute: cuiusmodi usus ratio ex ipsa constitutione, & unaquaque servitutis specie æstimaudus. De quo duæ iu universum præceptiones, & quæ illæ*. IV. V.
2. *In iis quæ servituti accedunt, sed tamen ad servitutis usum necessariis rebus. Cuius generis tres*. VI.
Qualibet servitus ad usum principalis necessario debita. VII.
Refectio loci, qui & ipse sit necessarius servituti. VIII.
Usus viciuorum locorum, unde refectioui necessaria exportentur. IX.
An & commodior servitutis usus quæri liceat sive detrimento fundi servientis: & aliquando etiam cum illius damuo, & quomodo. X.
Quæcunque ad usum servitutis non pertinent, utentis prædii domino facere uon licet, etsi fuudo servienti uou incommodent. Si quid alias cautum, pacti exceptione defenditur. XI.
Quantum de iure rei suæ domino fundi servientis adimatur, unde æstimaudum: & quid hic in uuiversum pati, aut non facere in suo cogatur. XII.

I. Atque hoc ius est servitutis in prædiis; sic servitus prædia afficit, & his inhærens sic ad ea pertinet. Hæc deinde a prædiis transfertur ad personas, ut vel utatur is, cuius prædio debetur; vel huius onus ferat is, cuius prædium servit. Quid hic servitus utenti domino concedat, quid in onere servientis prædii domino imponat, videamus: quibus in rebus ius personæ de servitute consistit.

II. Et quod ius servitutis domino ex servitute peti potest, id necesse est aut in proprietate loci servientis versari, aut in servitutis usu, aut in utroque. Sed proprietatem loci servitus non mutat. Per quem locum servitus constituta est, eius loci corpus non est domini eius, cui servitus debetur, sed manet eius, cuius est prædium, quod servit. *L.* 4. in pr. *D. si serv. vind.* Idque servitutis ipsius constitutio facit. Non enim servitus res est corporalis, sed ius re corporali utendi, ut iter per fundum, non est fundus, aut pars fundi, sed ius per fundum eundi, ut est in *d. L.* 4. in pr. *D. si ser. vind.* Sic fit, ut omne servitutis ius, quod personæ tribuitur, sit in eius usu: qui & servitutis unicus fructus est & commodum.

III. Hic usus duabus in rebus versatur: in servitute ipsa primo & principaliter; tum per accessionem in rebus extraneis quidem, sed ad usum servitutis pertinentibus. *Tom. III.*

IV. In servitute ipsa tantum iuris est domino, quantum servitutis constitutio concedit. Quid autem hic concedat, ex unaquaque specie servitutis iudicandum est. Cuiusmodi species quæ essent, supra diximus propriis capitibus. Illa duo in universum hic videntur recte præcipi posse, quæ indicantur aliquorum locorum exemplis.

V. Unum, si quid generaliter cautum tributumve sit constitutione servitutis, ut est vis orationis generalis, ita omni speciei eius generis tributum accipi debere. Ut servitute mihi constituta, ne luminibus meis officiatur, placet hoc contineri, non tantum ne officiatur luminibus, quæ nunc sunt, sed etiam quæ post tempus constitutionis esse cœperint. *L. si servitus, D. de ser. urb. præd.* Alterum, si constitutionis ambigua aut obscura oratio est; si quidem servitus emitur, semper id accipiendum, quod est contra venditorem. Quo referri oportet speciem *L. si arborem*, *§. ult. D. de servit. urb. præd.* sumptum ex definitione generali veterum, pactionem obscuram vel ambiguam, venditori, & ei qui locavit, nocere. *L. veteribus, D. de pact.*

VI. Etiam extra servitutem tacite iura quædam accedunt, dum ad servitutis usum pertinent. In quo utimur hac definitione, quidquid est, sine quo servitute consti-

tuta recte uti non possimus, aut ipse usus sit inutilis, id omne sequi tacite, & una cum servitute [1] concessum videri, scilicet quia aliter ne ipsa quidem servitus videatur concessa. Quod & in omnibus rebus concessis observatur. *L.* 2. *D. de iurisd.* Huius generis res in servitute sunt tres; nova servitus ad usum & utilitatem constitutæ necessaria: refectio loci ad servitutem destinati; & locorum vicinorum ad hanc ipsam refectionem necessariorum usus.

VII. Quæcumque servitus ad usum principalis necessaria est, ea quoque semper concessa intelligitur. Ut haustu aquæ constituto, iter quoque ad hauriendum; sine quo ad fontem perveniri non potest. Ut autem non pervenias, nullus sit haustus. *L.* 3. *§.* 1. *D. de serv. rust. præd. L. Gaurus*, in fin. *de serv. urb. præd.* Sed & e converso si cui ius cessum sit adeundi ad fontem, placet inesse & haustum. *d. L.* 3. *§.* 1. non quia iter ad fontem esse non possit, etiam si quis fonte non utatur: sed quia nisi quis utatur fonte, iter sit inutile. Non est autem fontis usus, nisi in haustu aquæ, ubi non conceditur aquæductus. Sed quod dictum est haustu aquæ concesso etiam iter deberi, de haustu ex fonte privato intelligendum est. Diversum [2] est, si quis haustum cesserit ex flumine publico. Ut hic haustus frustra ceditur, ita nec iter ad flumen ex hac concessione deberi placet. *d. L.* 3. in fin. *de serv. rust. præd.* Ipsum haustum frustra cedi constat: quippe ex ea re, quæ non est privati iuris. At cur non debeatur iter ad flumen, cum id futurum sit per fundum, id est, rem privati iuris eius, qui constituit? Quia hic non constituitur iter, sed haustus, ac propter haustum iter, ut ad haustum accedat. Quoties autem constituitur quid alterius rei principalis caussa, re principali non subsistente, placet nec accessionibus locum esse. *L. cum principalis*, *D. de reg. iur. L.* 2. *D. de pec. leg.* Idem dicemus, etsi non haustus cessus sit ex flumine publico, sed iter ad flumen, nominatim tamen hauriendi caussa. Nam & hic principalis caussa est in haustu. Quod si simpliciter cedatur iter ad flumen, recte ceditur: quia ceditur principaliter, & ceditur per fundum privatum: ut sit hic caussa principalis in itinere, quæ & per se recte consistat. Hoc in *d. L.* 3. in fin. *de serv. rust. præd.*

VIII. Refectio ita est, ut si loco, per quem nobis iter aut via constituta est, uti commode non possimus propter inæqualitatem aut humorem loci, nisi complanato aut strato loco, liceat fodiendo aut subruendo iter facere, id est, complanare, sternere. *L. si iter*, *D. de servit.* Sic & si ex superiore area mihi iter actusve concessus sit, unde ad domum meam non sit aditus ex plano: placet licere mihi gradus vel clivos in vicini area prope ianuam meam facere, dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris caussa demoliar. *L. servitutes*, *§.* 1. *D. de serv. urb. præd.*

IX. Refectione admissa consequens fuit, ut admitterentur & quæ ad refectionem sunt necessaria. Quod & placuit; cuiusmodi sunt; ut ad vicina loca, quæ non serviunt, accedere liceat, res ad purgationem, & refectionem necessarias eo convehere, ibique positas habere, item ibi consistere purgandi, reficiendi caussa: omnia, quatenus ad refectionem & servitutis usum sit necesse. Hæc in *L. refectionis*, tota, *D. com. præd.*

X. Nihilne ergo ultra quam ad servitutis usum necesse est, licet servitutis caussa facere? Immo licet, si modo ad servitutis commodiorem usum pertinens servienti fundo non noceat. Quale est, quod placet, ei, qui aquæductum habet, licere fistulam vel fictilem, vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quæ aquam latius exprimat; denique quod vellet, in rivo facere; dum ne domino prædii aquagium deterius faciat. *L. Quintus*, *D de serv. rust. præd.* Item ut deprimat vel allevet rivum, per quem aqua ducitur. *L. refectionis*, in fin. pr. *D. com. præd* Cæterum ut fundo servienti quis noceat, extra refectionem & servitutis usum necessarium, quem supra posuimus, ei qui servitutem petit, facere nihil licet, ne in suo quidem, nedum in fundo serviente. Atque hic locum habet, quod definit Paulus in *L. servitutes*, *§. pen. D. de serv. urb. præd.* omnino meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse; nisi aliquid nominatim in imponenda ser-

1) Sic iure aquæ ducendæ concesso, etiam rivi faciendi. Rivus enim iter aquæ. Aquæductus ius habendi rivi in prædio alieno, Cuiac. 9. *ad Afric. in L.* 33. *§.* 1. *R. P.* vid. Bronch. 2. *Ass.* 4.

2) Nam ex flumine privato haustus cedi potest: quomodo accipienda *L.* 2. *comm. præd.* Cuiac. 3. *Obs.* 28. Brunch. 2. *Ass* 4. licet Donellus noster accipiat de flumine publico, *supra C.* 3. *N.* 3. Vital. 2. *Var. Lect.* 9. *n.* 1. Qui haustum, ait, ex flumine publico cedit, ideo nihil agit, quia id unicuique ipso iure competit. Subiicit nec iter aut viam concessam censeri, quia ad publicum flumen publicus aditus, ideoque non esse antecedens necessarium iter privatum ad flumen publicum. Vitiosa ratio. Sic enim nec simpliciter iter concedi posset. Et potest esse compendiosior via ad flumen per fundum vicini quam publicus ille aditus. Recte autem noster.

servitute immutatum fuerit. Et inter alia hoc exemplo utitur. Stillicidium, inquit, quoquo modo acquisitum sit, altius tollere dominus in suo potest: levior enim fit eo facto servitus; cum quod ex alto cadit, lenius & interdum nec perveniat ad locum servientem. Inferius demittere non potest; quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen.

XI. Sane servitus naturaliter, non manu facto lædere potest fundum servientem: ut si imbri crescat aqua in rivo, aut ex agris in eum confluat, aut aquæ fons secundum rivum, vel in eo ipso inventus postea fuerit. Hoc in *L. si mihi eodem*, 20. §. 1. *de serv. rust. præd.* Sed etsi quod fit in servitute, nihil admodum servienti fundo noceat; si tamen ad servitutis usum non pertinet, ut quia conceditur alii, id facere non permittitur. Et ideo placet non licere mihi ex meo aquæductu vicino commodare. *L. ex meo*, *D. de serv. rust. præd.* Usque adeo, ut quanvis per plurium prædia aquam ducam quoquo modo imposita servitute: tamen non possim eorum cuiquam 3 haustum ex rivo cedere. *L. cum essent*, §. 1. *D. eod.* Merito, cum ne in meam quidem partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possim. Proculi ratio in *d. L. ex meo.* sumpta ex natura servitutis prædii; quæ prædio, cui acquisita est, ita cohæret, ut intra eius usum consistat: ac si producatur longius, non sit prædii servitus *L.* 5. *L.* 6. *D. eod* Plane si in imponenda servitute aut postea convenerit, ut ex rivo mihi concedere liceret vicinis, per quorum prædia aquam duco, recte his concedam; non ut debeatur his 4 servitus aquæducendæ, aut hauriendæ, cum neque ipsorum prædia ipsa sibi servire possint, neque ego servitutis servitutem constituere: *L.* 1. *D. de usufr. leg.* sed ut in ea cessione is, qui cessit, exceptione pacti defendatur, ne videatur contra impositam servitutem facere. Hæc sententia *d. L. cum essent*, §. *ult. de serv. rust. præd.*

XII. Ex hoc iure eius, cui debetur servitus, sua sponte intelligitur, quid ea servientis prædii domino imponat, seu quid ei de iure rei suæ adimat. Quantum est enim, quod in prædio serviente tribuitur alii, tantum necesse est adimi domino prædii. Idque est, quod dicitur, servitutem imponi, cum quis ius suum deminuit, alterius auxit. *L. de pupillo*, §. *& belle*, *D. de op. no. nunt.* Nempe ergo hoc imponit domino servientis prædii, ut vicinum servitute utentem cogatur pati, aut eo nomine quid non facere, prout erit conditio servitutis. *L. quoties.* 1. §. 1. *D. de servit.* In universum autem, ne quid faciat in suo contra impositam servitutem; seu ne quid, quo servitus impediatur; quod ex unoquoque genere servitutis æstimandum est. *L. inter. L. si arborem*, *L. servitutes*, §. *si servitus*, §. *ultim. D. de serv. urb. præd. L. certo*, §. 1. *de servit. rustic. præd.* Non dubium autem, quin ex hac ratione dictum sit, per quem locum viam alii cessero, per eumdem me alii aquæductum cedere non posse: & contra si aquæductum alii concessero, alii iter per eumdem locum vendere vel alias cedere me non posse, *L. per quem*, *D. de serv. rust. præd.* nam & aquæductu iter, & rursum itinere aquæductus per eumdem locum impeditur.

CAP.

3) Adde quod nec possit haustus concedi alicui ex dominis prædiorum neque alteri. Quia si cedis domino tum fiet ut prædium, quod tuo fundo servitutem aquæductus debet, ipsum sibi serviret ad haustum aquæ, cum in eodem fundo aqua ducatur ac hauriatur. Si vero cedis alii, quam domino, etiam ratio illa obsistit, quod servitutis conditionem efficis deteriorem, A. Fab. 5. *Coniect.* 11. Male itaque Hotom. 8. *Obs.* 14. vocula *meam* ex *d. L.* 24. eiecta, & pro, *contra*, *contrahis*, reposita: Proculum Labeonis sententiam, non reprobare, sed restringere. Quasi velit tum non licere commodare, si aqua fundum servientem nondum egressa. Licere autem postquam prædium dominans ingressa.

4) Non ut si servitus prædialis aut personalis, quia qualitas qualitatis, accidens accidentis non est, sed obligatio personalis, quæ pertineat etiam ad heredes contrahentium. Quod idem obtinet si domino prædii id concessum. Nam sine conventione dominus prædii servientis haurire aquam ex rivo vel adpellere ad eum pecus non potest *L.* 2. *de rivis*. Quod si convenerit, non iure servitutis habet, quæ rei suæ nulla, sed conventionis, ita Cuiac. 9. *ad Afric ad d. L.* 33. §. 1. Male itaque Balduin *ad* §. 21. *I. de legat.* n. 3. & 4. servitutem quidem personalem, quæ temporalis, non posse constitui servitutis realis, quæ continua & perpetua. Nihil autem impedire quo minus sit personalis servitus servitutis personalis; & realis servitus servitutis realis *d. L.* 33. §. 1. & *L.* 2. *de rivis*.

C A P. X V.

De confessoria actione servitutis persequendæ caussa. Quæ, & Qualis actio, & Cur ita dicta. Cui competat; Adversus quos; Quid petat, quod & actor consequi debeat officio iudicis, cum de servitute ipsa, tum de fructibus.

I. POstquam ita ius est de servitute, ut quæsita nostra fiat, ea autem non constituta maneat integra libertas rei nostræ, & utriusque ea iura sint, quæ diximus: curandum fuit hic quoque, ut eadem tueri liceret & conservare. Quod & factum est: qui proximus locus est, & coniunctus superiori, de quo dicatur.

II. Conservantur ista actionibus. Actiones de his propriæ duæ, Confessoria & Negatoria, similiter ut de usufructu. Confessoria ei qui servitutem sibi competere confitetur, & contendit: Negatoria domino qui negat. Unde utrique nomen. *L.* 2. in princ. *D. si serv. vind.* Ex re igitur nomen, non ex conceptione verborum. Quisquis re servitutem suam esse intendit, confessoria utitur, etsi maxime oratio verbis negativa est: & quisquis negat, utitur negatoria, ut maxime verbis affirmativis utatur. Ac potest confessoria verbis negativis concipi, & negatoria affirmativis. Exemplo est servitus ne luminibus officiatur. Quæ si mihi debetur recte intendo ius vicino non esse ædes suas altius tollere, ne luminibus meis officiat. Intentione aperte negativa, quæ tamen actionem confessoriam habet. Et contra si hanc servitutem vicinus non debet, recte intendet sibi ius esse altius ædes suas tollere, ut sit negatoria actio ob servitutem negatam, quæ tamen verbis affirmativis concepta est. Utrumque in *L.* 4. *§. competit, D. si serv. vind.* Cur de servitute placeat esse etiam negatoriam actionem, cum in controversiis rerum corporalium hæc non sit prodita, dixi supra in usufructu.

III. Hæc quibus, Adversus quos, Quid petant, quemque exitum habeant ad ea obtinenda, quæ quærimus, breviter videamus. Quod totum ex genere actionis æstimandum est. Actiones in rem sunt, non in personam. *L.* 2. in pr. *D. si ser. vind. §. æque, Inst. de act.* utpote de re nostra ambæ. Confessoria de servitute, quam nostram esse intendimus: negatoria de libertate rei nostræ. Nam & hæc vi ipsa libertatem rei nostræ persequitur, & asserit. Quod dum consequitur servitutem alienam a se removendo, idcirco & de servitute, & negatoria dicitur. Cæterum exitu & de re nostra est, idest, de libertate rei nostræ, idque ita fit, quod qui ædes suas exempli gratia servitutem debere negat, re ipsa hoc intendit ædes

suas

ſuas eſſe liberas. Eaque etiam huius actionis intentio eſt. *d. L.* 4. §. *competit, ſi ſerv. vind.* Recte igitur in rem, ut ſunt omnes, quibus rem noſtram petimus. *L. actionem, D. de obl. & act.* Unde & vindicationis nomen in hoc genere, ut in *Titulo, Si ſervitus vindicetur*, quod nomen proprium eſt actionum in rem. *d. L. actionum*, §. *appellamus, Inſt. de act.*

IV. Hinc ſequuntur cætera, quæ de harum perſecutione & exitu quærimus. Competit ergo confeſſoria, ut dixi, ei, qui ſervitutem ſibi competere, id eſt, ſuam eſſe, intendit. *d. L.* 2. *ſi ſerv. vind.* Non competit ſervitus prædii, niſi domino prædii, cui prædio ſervitus debetur. Meminiſſe enim debemus ſervitutem prædii eſſe. Hanc prædio acquiri primum & deberi: poſt deinde per prædium transferri ad perſonas dominorum, ut proxime diximus. Eo fieri, ut hac uti aut eam vindicare poſſit, qui ſit prædii dominus. Bene igitur dictum, confeſſoriam actionem nulli alii competere, quam [1] prædii domino. *d. L.* 2. §. 1. *L.* 1. *ſi ſerv. vind.*

V. Cui conſequens eſt hanc actionem non competere fructuario. Hic enim non eſt prædii dominus. *L. recte, D. de verb. ſign.* Idque uſque eo verum eſt, ut neque competat ei de ſervitute, quæ prædio ipſi debetur, neque de ſervitute, quæ proprie ei [2] conceditur fruendi cauſſa, puta itineris, ſine quo ad fundum fructuarium accedere non poteſt. Quod tamen non eo pertinet, quin fructuarius utraque ſervitute uti, & utramque petere poſſit, ſed eo dumtaxat ut poſſit tantum utriuſque nomine uſumfructum ſuum vindicare; per cuius intentionem etiam conſequetur ſervitutis uſum, ſine quo uti frui prædio non poteſt; non autem ut poſſit principaliter vindicare ſervitutem, qui prædii dominus non eſt. De quo nunc agitur. Hæc ſententia *L.* 2. §. *recte, D. ſi ſerv. vind. L.* 1. §. 1. *D. ſi uſufr. pet.*

VI. Videbatur obſtare huic ſententiæ, quod interdictum de itinere actuque privato etiam fructuario competit. Cur non ergo etiam confeſſoria de eodem itinere actuque privato? Ulpianus huic obiectioni occurrens in *d. L.* 2. §. *ult. ſi ſerv. vind.* de ſententia Pomponii oſtendit mirum aut contrarium videri non debere, ſi alterum datur fructuario, hæc illi non datur. Alibi enim, inquit, de iure, id eſt, in confeſſoria actione; alibi de facto, ut in hoc interdicto, quæritur. Sententia eſt: quia in confeſſoria actione, qui agit, de iure agit, id eſt, de ſervitute ipſa, quam ſuam eſſe intendit. In interdicto, qui agit, ſolum hoc intendit ſe itinere actuque a uſum, quod eſt in facto.

VII. Servitutem ſuam eſſe intendere nemo poteſt, niſi qui prædii dominus eſt. At poteſt quivis ſervitute uti, etiam qui prædii non eſt dominus. Hoc enim factum in omnes cadit. Sed ut confeſſoria actio non datur niſi de ſervitute: ita ſciendum eſt eam domino vindicanti de omni ſervitute competere. Quo ſpectant *L.* 4. in pr. §. *ſi fundus*, in fin. §. *ultim. L. etſi*, §. *etiam, D. ſi ſerv. vind.* Etſi de quibuſdam eſt directa confeſſoria: de quibuſdam utilis dumtaxat. Illa de cæteris, quæ a domino recte conſtitutæ ſunt: hæc de ſervitute, quæ longo tempore quæſita eſt. *L. ſi quis diuturno*, in pr. *D. eod.* Quamquam & in ruſticis ſervitutibus dubitatum eſt, num iure valerent cæteræ, quæ ſunt præter illas quatuor, iter, actum, viam, & aquæductum. Et fortaſſe eodem exemplo quis dixerit & cæteras valere. Quod ſi non obtinetur, at certe earum traditio & patientia inducet officium prætoris, ut eſt in *L.* 1. in fin. *de ſer. ruſt. præd.* id eſt, valebunt ſaltem iure prætorio, ut et de his ſit confeſſoria utilis.

VIII. Præterea ut confeſſoria non datur alii, quam domino: ita datur omnibus, qui ſunt domini, non ſolum ſi ſint domini in ſolidum; ſed etiam ſi pro parte: ut ſit in re communi; in qua unuſquiſque ſociorum ſervitutem prædio communi debitam vindicare poteſt etiam in ſolidum; quoniam ea res diviſionem non recipit. *L.* 4. §. *ſi fundus, D. ſi ſerv. vind.*

IX. Domino competit hæc actio citra controverſiam, si ſervitutem non poſſideat exemplo rerum corporalium. Huc enim maxime pertinet actio, ut ſervitus reſtituatur. Tunc autem præcipue reſtituenda eſt, cum ab actore non poſſidetur. Sed nihilominus ut in uſufructu; ita hic quoque de ſervitutibus prædiorum confeſſo-

1) Utilis tamen ſervitutis petitio datur & quaſi domino ut emphyteutæ, ſuperficiario *L.* 1. §. *ult. de ſuperſic.* creditori *L.* 16. *de ſerv.* vid. Ciſner. *ad L.* 15. *de op. no. nunc. pag.* 10. *& ſeq.* Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 5. *& ſeq.*

2) Videtur hic noſter ſentire quod aditus ille ad rem fructuarium, de quo vid. *Lib.* 10. *C.* 7. *N.* 6. ſit ſervitus, quod tamen diſerte negat *d. L.* 2. §. 2. Servitus enim ſervitutis non eſt. Et cum prædium non habeat fructuarius: neque ſervitus prædii illi deberi poteſt *L.* 1. *comm. præd.* Vital. 2. *Var. Lect.* 8. *n.* 3. Obiic. *L. un.* §. 4. *de remiſſ.* Reſp. vid. *ſupr. Lib.* 10. *C.* 11. *n.* 10. *Not.* 3.

3) Uſus ſervitutis perſonæ cohæret, ſervitus vero ipſa prædio, Hotom. *Ill. Q.* 41. *pag.* 381.

fessoria competit etiam servitutem possidenti, ut idem sit iuris, ut eit servitutis petitor & possessor. Hoc in *L. etsi*, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quæritur*. *D. si serv. vind.* quibus in locis quomodo quis sit in possessione servitutis, aut non sit, exemplis declaratur. Ius ideo maxime notandum in servitutibus omnibus, quia in actionibus in rem de rebus corporalibus nunquam actio ultro possessori datur. *L.* 1. §. *pen. D. uti poss.* §. *æque*, *Inst. de act.* Differentiæ ratio est, ut & in usufructu attigimus, quod in re corporali, quam tenere volumus, si quis eam tenet, ei sufficit. *d. L.* 1. §. *pen. D. uti possid.* habet enim quod vult, nec desinet tenere, si vult, nisi quis eam vi auferat. In servitutibus contra accidit. Nam cum servitus omnis sit in prædio alieno, in quo dominus possit quidvis facere, cum vult, nobis ignorantibus & invitis, nunquam satis videmur rem tenere, si servitutis nobis debitæ nobis controversiam faciat, aut eius usum impediat.

X. Competit hæc actio adversus eos, adversus quos esse solet in rem actio. Hæc autem datur adversus eos, qui rem nostram possident tenent, & habent restituendi facultatem. *L. actionum*, *D. de obl. & act. L. officium*, *D. de rei vind.* Atque id facit in servitute, qui liberum usum servitutis prohibendo hanc veluti nobis detinet, dum facit, ne eius velut possessione uti liceat. Hinc confessoria actio adversus dominum quidem prædii, si quid is contra servitutem facit: *L. etsi*, §. *etiam*, in fin. *D. si serv. vind.* sed non adversus hunc solum; verum generaliter adversus [4] omnem, qui nos servitute prohibet, sive servitutis controversiam faciat, sive non faciat. Nec interest, [5] quomodo prohibeat, utrum manu vel aditum ad iter, vel refectionem prohibendo; an opere aliquo, puta in itinere aliquid ædificando, aut immissum habendo, aut alio modo. *L. si quis diuturno*, §. *ult. L.* 4. §. *si fundus*, vers. *si quis mihi*. *L. si eo loco*. *D. si serv. vind.*

XI. Finis huius actionis seu petitio & intentio idem continet, quod & officio iudicis præstandum est. In quo est exitus huius actionis. Quare & ex officio iudicis, sicubi de eo legimus, qualis intentio esse debeat; & vice mutua ex intentione, quid sit in officio iudicis, intelligemus. Petitio huius actionis duas habet partes; unam de servitute; alteram de servitutis interpellatæ fructibus.

XII. De servitute item duo, quibus ad servitutis usum liberum pervenitur; declarationem servitutis constitutæ, & huius restitutionem. Petimus enim primum, ut servitus declaretur nostra esse, seu prædio nostro deberi, ut intendimus; sic deinde ut nobis restituatur. Utrumque eadem de caussa in officio iudicis. Primum ut sententia sua non servitutem constituat, quæ si recte petitur, iam ante constituta est; sed ut quæ sit, declaret. *L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si serv. vind.* idque ad exemplum vindicationis rerum corporalium, de quo in *L. & ex diverso*, §. 1. *D. de rei vind.* Secundum, ut iubeat iudex servitutem recte restitui. Quod duabus rebus continetur: ut iubeat servitutem præstari, aut cautionem. Sic enim ista leguntur disiunctim in *L. harum*, *D. si serv. vind.* Sed disiuncta hic accipi debent pro coniunctis, ut alibi sæpe in usu iuris, cum res & mens loquentis id postulat. *L. sæpe*, *D. de verb. sign.* Hic quidem non potest aliter, quia, ut ex eodem loco apparet, utrumque præstandum est, & servitus & cautio. Sequitur enim in extremo, reum condemnari, si neque rem præstet, neque cautionem.

XIII. Servitus præstari intelligitur, cum præstat adversarius servitutis usum liberum, idest, cum desinit impedire usum, ut prius; & si quid posuit, aut positum habuit ad impediendam servitutem, ut tollat, & rem in pristinum statum restituat. *L. si eo loco*, *D. si serv. vind.*

XIV.

4) At obstare creditur *d.* §. 3. *L.* 6. *hoc tit.* Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 5. *&* 6. valde eam §. torsisse ingenia interpretum scribit. Ipse etiam se torquet nec expedit. Cisner. *in interpret. L.* 15. *de op. no. nunc.* speciale esse in actione de servitutibus oneris ferendi ut detur contra solum dominum. Quia ei, inquit, petitur non tantum ut onera ferat adversarius, sed & ut parietem vel columnam reficiat *d. L.* 6. § 2. Quæ reficiendi facultas soli domino *L.* 33. *V. P.* Quare singulariter hic constitutum ad alias servitutes non est trahendum. Sed cum resistant verba extrema *d.* §. 3. *sicuti cæterarum &c.* ea referenda vult non ad totam orationem, sed ad priora tantum verba, *non alii quam domino*. Sed nihil hic speciale, nec clausula postrema, sine manifesta vi, sic accipi potest. Eccur bonæ fidei, filiusve possessor ædium servientium non minus cogetur reficere parietes, quam dominus. Quasi vero soli domino sit ius reficiendi, etiam alio possidente, nec possit nullus reficere qui de dominio rei, quam teneret, non est certus. Immo nonne & prædo in refectione necessarias impensas facit. Certe, *d. L.* 33. nihil omnino ad rem facit. Crucem denique sibi ipsis hic DD. sine ulla necessitate fixerunt. Neque enim dum actio competere adversus dominum affirmatur, contra alium dari negatur. Immo verba *non alii* ad illa *adversus dominum* trahi non possunt, ratione sermonis nec ferente. Difficultas ea esset, quam fingunt DD. si hæc verba haberentur · & *non adversus alium quam dominum*. Nunc nulla est, nec levissima.

5) Item si quid nondum impedit metuitur ne impediat, Duar. *ad L.* 15. *de op. nunc. per eam L.* Sed si reus dicat se non impediturum non cogi suscipere iudicium arg. *L. ult. de R. V.*

XIV. Cautio hoc continet, ut caveat adversarius neque se, neque successores suos in posterum prohibituros, quominus actor servitute utatur, & quicumque futuri sunt prædii domini. Eiusmodi cautio nulla in rerum corporalium vindicatione ad rei petitæ restitutionem: quia in his res corpore restituta plene restituitur. In servitutibus nulla res est, quæ naturaliter possit restitui. Tantum restitutio in eo est, ut qui impediebat nos servitute uti, amplius non impediat. At qui hodie non impedit, nihil præstat, quod sit mansurum. Potest enim cras impedire, ne servitute utamur. Idcirco ad plenam restitutionem adversus periculum futuri temporis subsidio comparata est hæc cautio, cuius metu prohibetur adversarius, & ii, ad quos ea res pertinet, ne quid tentent in posterum. Aut si quid contra facient, ut statim teneantur in id, quod actoris interest, quod pro iusta restitutione cedit.

XV. Sed & petitio & restitutio servitutis, quam dixi, cæteris servitutibus omnibus convenit. Una servitus oneris ferendi hoc plus habet, quam cæteræ, quod in hac non solum id agitur, ut vicinus onera nostra ferat, id est, ne quid faciat, quominus tigna nostra in parietem eius immittamus; sed hoc amplius, ut parietem ipsum reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. *L. etsi, §. etiam, D. si servit. vind.* Cui petitioni necesse est & iussum iudicis de re ac cautione superiore præstanda convenire. Ideo & in hac actione res ipsa præstari iussa hæc est, ut iubeat adversarium iudex non solum non impedire tignorum immissionem, sed etiam emendare vitium parietis, & idoneum præstare. Cautio autem hæc, ut eum iubeat non solum de non impedienda servitute, sed etiam de reficiendo pariete cavere. *d. L. harum, si serv. vind.* Hæc præstari prius arbitratur & iubet iudex præfinito tempore, intra quod reus arbitrio eius pareat. Tum deinde sequitur sententia iudicis. Qua reus, si paret, absolvitur. Si non paret, fit condemnatio actionum in rem propria, ut damnetur reus, quanti actor in litem iuraverit. *d. L. harum*, in fin. Sententia generalis in omnibus in rem actionibus adversus eos, qui iussi restituere, dolo malo fecerunt, quominus parerent. *L. qui restituere*, in princ. & fin. *D. de rei vind. L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pign.*

XVI. De fructibus servitutis aut sua etiam petitio est, aut petitione ipsa servitutis tacite continetur. Certe in confessoriam actionem, quæ de servitute movetur, etiam fructus venire certum est, ut & de his iudex pronuntiare debeat. Est autem fructus servitutis id, quod interest agentis servitute prohibitum non fuisse; seu commodum omne, quod consecuturus esset, si prohibitus non esset: quo quia prohibitus est uti, caruit. *L. 4. §. 1. L. etsi, §. ultim. D. si servit. vind.* puta, si quis quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus aliquid detrimenti cepisset. Veluti, si prata, arboresve exaruissent. *L. is cuius*, in fin. *eod. tit.*

XVII. Eadem petitio & condemnatio est, non tantum si unus dominus sit prædii, cui debetur servitus, sed etiam si ex pluribus dominis fundi communis unus servitutem vindicet. Solum hoc interest, quod si uno agente condemnatio erit in æstimationem ob rem non præstitam, aut cautionem, aut fructus: solum in æstimationem id quod interest veniet: proinde id quod eius interest, qui experietur, non sociorum, tametsi de iure ipso singuli experiantur, & victoria eius prosit aliis. *L. 4. §. si fundus, D. si servit. vind.* Ipsa enim servitus eiusque restitutio divisionem non recipit; at recipit pecunia, quæ in eo, quod interest, versatur. *L. stipulationes non dividuntur, D. de verbor. obligat.* Non idem probandum est, si duorum fundus sit, qui servit. Hoc convenit, quod ut unusquisque ex iis, quibus servitus debetur, in solidum agit: ita & adversus unumquemque agi potest, si prout is nos uti prohibebit. Nihil enim refert, qui nos impediat, ut ante diximus. *L. si quis diuturno*, in fin. *D. si serv. vind.* Congruit hoc quoque, ut quemadmodum unus ex pluribus in solidum experitur de servitute, & uni ei solida servitus restituenda est: ita & unus ex pluribus dominis fundi servientis solidam servitutem debeat restituere. *d. L. 4. §. si fundus, eod. tit.* Hoc discrepat, quod si unus ex pluribus condemnetur ob servitutem non restitutam, etiam hic in solidam æstimationem damnabitur eius, quanti interest actoris, non pro parte sua. *L. 2. §. ex his.* illic, *sed quo casu, D. de verbor. obligat.*

XVIII. Nec dubium, quin hoc ipsum Ulpianus sentiat in *d. L. 4. §. si fundus*, qui unum dominorum prædii servientis, ab uno ex pluribus, qui servitutem vindicet, in hac ipsa æstimationis condemnatione distinguit. Merito; quia, ut *ibidem* scribit, in æstimationem hanc venit id, quod actoris interest. Interest autem in solidum eius, etiam si ab uno tantum pro-

prohibeatur. Aliter in servitute oneris ferendi, si adversus unum dominum servientium ædium agatur, ut onera sustineat, id est, ut parietem reficiat. Si non reficit, non condemnatur nisi pro parte sua. *L. etsi*, §. *si ædes*, *D. si serv. vind.* Hoc ideo, quia hic reus non de servitute re indivisa præstanda, sed de facto suo convenitur. Quo in genere non factum, sed pecuniam præstari oportet. Hæc autem divisionem recipit, ut declaratur in *L. stipulationes non.* vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* ubi & de toto hoc genere scripsi pluribus.

CAP. XVI.

De negatoria actione, Quæ & Qualis actio, & Cur ita dicta. Cui competat; Adversus quos; Quid petat, & obtineat officio judicis. Tum de aliis remediis quibusdam partim servitutis, partim libertatis rerum nostrarum tuendæ caussa proditis.

Negatoria actio quæ. I.
Prædii domino competit & quidem soli. II.
Sive possidenti sive non possidenti. III.
Adversus eum qui prædii nostri libertatem inquietat. Et hic qualis. IV. XI.
Et quæ alia adversus eumdem statuta remedia. X. XII.
Petitionem habet. 1. Ut declaratio libertatis prædii antecedat, eamque restitutio libertatis, & cautionis præstatio sequatur. V. VI.
Cuiusmodi cautio; & quale ei adiunctum iudicis officium. VII.
2. Ut fructuum, & eius quod interest condemnatio præstetur. VIII.
Exsecutio huius actionis adversus libertatis perturbatores, si copiam sui non faciant, est missio in possessionem bonorum; & hæc quatenus. IX.

I. NEgatoria [1] actio & ipsa in rem actio est, *d. L. 2. si serv. vind.* de servitute quidem, quatenus eam debere nos negemus, unde negatoria. Re autem vera de re nostra, id est, libertate, quam hac actione nobis asseramus. Ex quo & in rem, ut initio dixi.

II. Competit ergo hæc actio omnibus, qui prædium suum servitutem debere negant: & quod idem est, qui prædium suum intendunt esse liberum. *L. 4. §. competit. D. si serv. vind.* Et quoniam nemo hoc intendere potest, nisi prædii dominus; ideo & hæc recte dicitur soli domino competere, sicut & confessoria. *d. L. 2. §. 1. eod.* Ex quo & illud recte in eamdem sententiam, actiones de servitutibus omnibus prædiorum esse eorum quorum sunt prædia. *L. 1. eod.*

III. Hæc eadem & [2] possessori libertatis competit, ac non tantum ei, qui non est in possessione libertatis. Hoc de negatoria actione in usufructu scriptum est in *L. pen. §. ult. D. si usufr. pet.* Quapropter & ad negatoriam de servitutibus prædiorum transferendum est. Nam hæ comparatæ sunt ad exemplum earum quæ ad usumfructum pertinent. *L. 2. in pr. D. si ser. vind.*

IV. Competit negatoria ut actio in rem adversus omnem, qui libertatem prædii in quietando velut detinet. Is autem est, quisquis in nostro nobis invitis aliquid facit: quisquis in nostrum quid immittit, aut immissum habet: quibus rebus libertas rei nostræ impeditur, & re onerata velut servitus imponitur. Quam nos debere negando recte hanc omnem patiendi necessitatem a nobis removemus. Definitio multis exemplis comprobata, quæ huc referri debent, *L. sicut*, §. *Aristo*, & quatuor *LL. seqq. L. si quando*, in princ. & §. *ult. D. si servit. vind.*

V. Petitio huius actionis eadem de liber-

1) Quæ contraria *L. 8. pr. h. t.* quia uti vindicatur servitus, ita contra vice versa libertas. Duar. *ad L. 15. de op. no. nunc.* melius quam Cisn. *in Interpret. d. L. 15.* quia ex contrario detur confessoria, sicuti contraria actio, quæ opponitur directæ. Nam dissimilitudo inter hæc: Illa datur contra eum qui agit vel agere potuit directa ex contractu. Hæc non est contra eum, qui agere potuit confessoria, sed cui servitutis ius non est.

2) In controversiis servitutum reus non æstimatur ex possessione, sicuti in controversiis rerum corporalium, sed ex ratione conveniendi, Cuiac. 9. *ad Afr. in L. 15. de op. no. nunc.* Expedit autem quandoque agere possidenti, priusquam adversarius agat confessoria, si vereatur ne eum cœperit ex. g. ædificare, novum opus sibi nuncietur & opus interruptum maneat, Duar. *ad d. L. 15.* vid. & P. Greg. 4. *Synt.* 22.

bertate prædii nostri, quæ in confessoria actione de servitute. Continet igitur & ipsa duo capita: unum de libertate rei nostræ, alterum de libertatis fructibus. De libertate duplex similiter petitio, ac res totidem, quæ ex hac actione versantur in officio iudicis. Primum petit actor, ut declarentur ædes suæ, exempli gratia, ab ea servitute, quæ imponitur, [3] liberæ. Quod & ipsum ante omnia iudicem pronuntiare oportet. Fit hoc in confessoria actione de servitute, quam nostram esse intendimus. *d. L. sicut*, *§. sed si quæritur*, *D. si serv. vind.* Ratio facit, ut & in petitione libertatis, quam similiter intendimus nostram esse, idem admitti oporteat. Altera petitio est, ut libertas restituatur.

VI. Constat autem hæc restitutio iisdem illis rebus, quas in restitutione servitutis diximus: ut res præstetur, & cautio. Res, id est, libertas. Quod ita fiet, si amplius non inquietetur actor in usu libero rei suæ, & si quid ante positum immissumve est, ut tollatur. Et hoc quoque officium iudicis, ut id ipsum facere reum iubeat. *L. an unus*, *L. si cum meus*, *D. eod.*

VII. Cautio hæc est, quæ & ipsa officio iudicis continetur, ut sublato eo, quo libertas rei nostræ impediebatur, reus & de futuro opere caveat, neque se, neque successores suos quidquam tale in posterum facturos, quo libertas rei nostræ inquietetur. *L. egi*. *D. eod.* Hæc eadem in negatoria actione prius arbitratur & iubet iudex præstari. Si paret reus, absolvitur. Si non paret, intelligere debemus eamdem hic condemnationem sequi, quæ in confessoria actione traditur de iisdem rebus in *d. L. harum*. *eod. tit.*

VIII. Alterum caput petitionis est de fructibus. Etiam in negatoriam actionem præcedentis temporis fructus veniunt. Est autem fructus id, quod actoris interest adversarium non fuisse usum servitute, puta itinere per fundum. *d. L.* 4. *§.* 1. *eod.* Potest autem interdum magno interesse actoris id factum non esse. Finge emptorem, qui iam obtulisset certum pretium centum aureorum, si constaret fundum esse liberum, ideo non emisse, quia intelligeret vicinum ire agere per eum fundum, aut sibi eam servitutem vindicare. Aut emisse quidem, sed propter controversiam vicini de servitute, venditorem coactum multo minoris vendere. Dicemus, quanto minoris propter id factum vicini actor vendiderit, tanti eius interesse, & vicinum in tantam pecuniam condemnandum.

IX. Utraque exsecutio superior harum actionum est adversus præsentes cum quibus iudicio agitur. Quod si qui sint, qui cum prohibeant nos servitute, aut libertate nostra uti, seu per se seu per alios, sui potestatem non faciant, ne secum agi possit: est adversus eos exsecutio ea, quæ in controversiis rerum corporalium, ut prætor caussa cognita mittat actorem in possessionem bonorum adversarii ea lege, ne ante inde discedat, quam is actori eadem illa præstiterit, quæ ad restitutionem servitutis, aut libertatis pertinere diximus. Hoc in *L. is cuius*. *D. eod.* Idem & in rebus corporalibus adversus latitantes servatur. *L. cum proponas*, *C. de bon. auct. ind. pos.* *L. item ait*, *§. hæc autem*, *D. ex quib. cau. maior*.

X. Et sunt hæ actiones propriæ servitutum. Remedia propria tuendæ servitutis, aut libertatis prædiorum caussa prodita. Quædam sunt remedia communia, quibus ut in rebus aliis, sic & in servitutibus uti licet, prout res quæque inciderit. Servitutis nostræ tuendæ caussa hæc. Potest impediri servitus opere facto, si vicinus puta in loco serviente ædificet adversus impositam servitutem. Hic illa remedia adhiberi possunt, quæ sunt prodita adversus ea opera, quæ fieri non debent. Adversus futurum quidem, idest, quod inchoatum est, nondum factum, operis novi nuntiatio, ne fiat. Adversus id autem, quod iam factum sit, interdictum quod vi aut clam, ut restituatur. Valent maxime hæc remedia adversus ea, quæ fiunt in solo nostro, aut ad ius nostrum pertinente. *L.* 1. *§. primo*, *D. de op. nov. nunt.* Sed locum habent & de eo, quod fit in alieno, in quo tamen nobis servitus debetur. *L. etsi*, *§.* 1. *§. ultim.* *D. si servit. vind.* *L. de pupillo*, *§. & belle*, *D. de op. nov. nunt.* Sed & de servitutibus quibusdam rusticis interdicta quædam possessoria sunt constituta, *L. ultim.* *D. de servit.* ut de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æstiva. De quibus proprii Tituli in Pandectis.

XI. Libertatis autem prædii nostri tuen-

3) At cuius hic erit probare? Duar. *ad d. L.* 15. probandum sic agenti dominium, quo probato, libertas quoque, eo ipso quod non apparet, constituta servitus. Quod vulgo extendunt, etsi in quasi possessione servitutis sit reus conventus. Alii tamen hoc casu probationem domino iniungunt. Menoch. 3. *Præs.* 89. *n.* 8. Fachin. 11. *Contr.* 56. A Fab. *in Cod. Fabr. h. t. Defin.* 8. Cisnerius vero *in Interp. L.* 15. *de op. no. nunc.* indistincte probandum esse negatoria experienti pluribus contendit.

dæ caussa eadem remedia erunt, si quis ædificet in suo, quo luminibus nostris officiat contra formam & statum antiquorum ædificiorum.

XII. In universum autem adversus eum, qui nos prohibeat, quomodo velimus nostro uti, præter actionem negatoriam placet etiam locum habere interdictum uti possidetis, *L. sicut, §. Aristo, D. si serv. vind.*

CAP. XVII.

Quibus modis servitutes amittantur. Amitti autem omnes tam urbanorum, quam rusticorum prædiorum pariter his modis: Soluto iure constituentis; Lege & pacto servitutis constitutæ; Confusione dominii utriusque prædii; Remissione eius, ad quem servitus pertinet.

Transitio. I.
Amittuntur servitutes iustis de caussis. Caussarum genera duo & quæ. II.
Antiquior amissione caussa duplex: ea vel ex iure auctoris, vel ex pacto constitutæ servitutis nascitur. III.
Ex priore genere est servitus pendente legati conditione ab herede constituta; & quomodo. IV.
Ex posteriore servitus constituta ad certam diem aut conditionem, utilis iure prætorio. V.
Nova amissionis caussa quid; ea triplex, & quæ. VI.
Confusio servitutis quæ: ea, ubi est plena, perimit servitutem. VII.
Secus, ubi non totius prædii, sive unius, sive plurium fiat confusio; & quare. VIII. IX.
Exceptio. X.
Remissio servitutis quæ; & quomodo iusta caussa amittendæ servitutis. XI.
Unde illa dignoscenda. XII.
Inutilis interdum, & quomodo. XIII.

I. SErvitutes prædiorum, ut prædia quibus inhærent, sic & ipsæ natura sua ut plurimum sunt perpetuæ. Ac dum consistunt, tandiu & superiora iura, & his adiuncta illa remedia habent, quæ dixi. Sed & ipsæ suis quibusdam modis amittuntur. Quibus amissis una cum his & cætera, quæ erant servitutis, intereunt.

II. Amittuntur autem, ut sunt iustæ amittendi caussæ. Earum caussarum genera duo. Quædam amissione antiquiores sunt, & iam inde ab initio constitutionis natæ; quædam novæ & præsentes.

III. Antiquior amissione caussa duplex, utraque fere cum usufructu communis. Nascitur enim aut ex iure vetere auctoris, aut ex lege & pacto servitutis constitutæ.

IV. Ex iure auctoris, caussa etiam constitutionem servitutis antecedente, servitus amittitur, cum prædio, quod sub conditione legatum erat, heres pendente conditione servitutem imposuit. Hoc quidem facere potuit iure. Pendente enim conditione dominus est, eoque & quidquid interim de re statuerit, aut alienando, aut rem onerando, tantisper ratum est. *L. & post, §. 1. D. fam. erc.* Sed si legati conditio exstiterit, ut iam res legata ab eo discedens ad legatarium transeat; fit, ut soluto iure heredis, etiam quod ante alienationem fuit, finiatur servitus ab eo constituta, quasi retroversus, nec dominus fuerit, qui constituit. *L. si fundum a testatore, D. de cond. & dem. L. is cui, §. ult. D. quem. ser. amit.* Idem & in usufructu interim constituto servari suo loco diximus. *L. si sub conditione, D. quib. mod. us. am.* Si tamen pendente conditione huius legati idem heres servitutem prædio acquisierit, placet conditione legati exsistente servitutem durare, & sequi legatarium, *d. L. is cui*, in fi. *quem. ser. amit.* Atqui non magis servitutem acquirere potest prædio, qui dominus non est, quam imponere. *L. si quis duas*, in pr. *D. com. præd.* Sed ne hic quidem acquirit alius, quam prædii dominus, uti nec imponit, pendente enim conditione heredem prædii dominum esse diximus. Verum ideo imponere non potuit eam, quæ duraret; quia isto modo noceret legatario. Acquirere ideo potuit, quæ maneret, quia hoc facto illi prodest. Meliorem quisque alterius conditionem facere potest ignorantis & inviti; deteriorem non potest. *L. solvendo, D. de neg. gest.*

V. Lege & pacto servitutis constitutæ finitur servitus, cum ea ad diem, aut certam conditionem constituta est, & dies venit, aut conditio exstitit. Etsi enim frustra hæc adiiciuntur ipso iure: valent tamen iure prætorio, defenduntur que propter

pter conventionem ope exceptionis, ut in constitutione servitutis ostendimus. *L. 4. D. de serv.*

VI. Nova & præsens caussa servitutis amittendæ est, quæ ex post facto secuta est constitutionem, & cum primum oritur, præsentem secum amissionem habet. Ea aut a casu est, aut ab eius, cui servitus debetur, facto. Casu, confusione. Facto domini dupliciter, aut eius voluntaria remissione, aut intermissione utendi, seu non utendo. Ut si hæ caussæ in unum conferantur, efficiantur numero tres, quibus ex re postea nata servitus amitta ur; confusio servitutis, eius remissio, intermissus servitutis usus.

VII. Confunditur, & hac confusione tollitur servitus etiam invitis dominis, cum idem utriusque prædii & dominantis & servientis dominus esse cœperit. *L. 1. D. quem. serv. am.* Veluti, si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, emerit. Quæ res facit, ut si rursus eas vendat, nominatim imponenda sit servitus, si quidem deberi velit, alioqui liberæ veneunt. *L. si quis ædes*, in pr. *D. de serv. urb. præd.* Amittendi ratio ex natura servitutis. Nam si cum idem utriusque prædii dominus factus est, manet adhuc servitus; eventurum est, ut res sua domino serviat. Natura autem servitutis ea est, ut nulli possit res sua servire. *L. in re communi, D. de serv. urb. præd. L. quidquid, D. com. præd.* Sic tamen prædiis ambobus in eamdem personam coniunctis confunditur servitus, si prædio serviente quæsito ei, cui servitus debebatur, servitus per unum prædium debita fuerit, & id prædium totum illi sit quæsitum. Horum si quid deest, quia manet alienum aliquid in quo consistat servitus, ideo & servitus tota retinetur, quamvis idem utriusque prædii dominus esse cœperit.

VIII. Duo sunt igitur casus, quibus in hoc prædiorum in unam personam concursu, nihilominus retinetur servitus. Unus est, cum ea debetur per plurium prædia, & is cui debetur, unum ex his, non omnia acquisivit. Quodcumque id erit, sive inferius, sive superius: servitus per omnia ea prædia retinetur: id est, etiam in eo, quod acquisitum est: ut si is, qui acquisierat, aut iterum id vendat, aut vendat suum illud vetus, cui servitus debebatur, utroque casu servitus prædium sequatur, non quasi nunc constituta (volumus enim nihil nunc novi factum esse) sed quasi prius non amissa. *L. si cum servitus, D. quem. servit. amitt. L. tria, D. com. præd.* Hoc ideo, quia una est servitus, una via, quæ per plures fundos debetur. Eo fit, ut non possit amitti, nisi per omnes simul amissa fuerit. Quod si non potest, necesse est vel uno, aut parte eius manente totam servitutem retineri. Ulpiani ratio in *L. una est, D. de ser. rust. præd.* Iavoleni hæc in *d. L. si cum servitus*, quia toties, inquit, servitus confunditur, quoties uti ea is, ad quem pertineat, non potest. Medio autem fundo acquisito potest consistere, ut per primum & ultimum iter debeatur.

IX. Alter casus est, si debeatur quidem servitus alicui per unum prædium, sed is partem tantum eius prædii acquisierit, non totum prædium. Si quis partem prædii tantum nactus sit, sive id acquirenti, sive id prædio quæsito serviat, non confundi servitutem placet; quia [1] per partes servitus retinetur. *L. si quis ædes, §. 1. de serv. urb. præd. L. ut pomum, §. 1. D. de servit.* usque adeo, ut quamvis inter duos, quorum unius prædia alterius prædiis serviant, ea prædia dominorum consensu communicata sint; tamen maneat servitus. *d. L. si quis ædes, §. 1.* Neque hoc quisquam adversari putet, quod ab initio per partes servitus acquiri non potuit, ut & significatur in *d. L. ut pomum, §. 1. de serv.* Nam vel hoc ipso argumento efficitur potius, servitutem per partes dominii retineri, exigente id natura & lege amissionis cuiusque. Ea est enim ex regula iuris, ut ne amittatur quidquam, nisi eodem modo, quo constitutum est, rebus in contrarium actis. *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Ut ergo ab initio non potest servitus constitui, nisi toti prædio vel imponatur, vel acquiratur: ita semel recte constituta non potest ex eadem regula amitti, nisi a toto prædio recedat. Quod si in toto non amittitur, ubi totum prædium quæsitum non est; necesse est [2] per eam partem, quæ restat, totam retineri.

X.

[1] Si iam constituta sit, & semel fundo inhæserit. Secus est in promissa. Nam quæ utilis ab initio stipulatio, parte alienata evanescit *L. 11. de serv.* Cuiac. 6. *ad Afr. ad L. 32. R. P.*

[2] Per partes retinetur diviso prædio servitus tota ac in solidum, *L. 18. R. P.* non vero pars servitutis. P. Fab. *ad L. 110. de R. I. p.* 483 Vital 2 *Var Lect* 3. Wes. *in Par. de Ser. n. 9. cir. fin.* Non pars servitutis, inquit, quæ individua, retinetur; sed in parte fundi tota servitus. Est enim tota in toto & in qualibet parte tota *L. 9. de serv L. 23. §. 2. R. P* de quo & Cæpolla *de Serv. rust. Cap. 1. n. 13.* licet id barbare tradi scribat Io. Superior *ad L. via 17. de serv. n. 3.* Dicitur quidem pro parte retineri *d. L. 30 §. 1 V. P. L. 34. R. P.* scilicet fundi, non servitutis Est tamen & alias sæpe alia constitutionis, alia conservationis ratio, de quo vid Gœd *ad L. 85. de V. S. n. 2.* Coniect. Gomez. 2. *Resol. 10. n. 15.*

X. Una hic exceptio est de sententia Iuliani. Nam si servitus prius debeatur duobus, non tamen singulorum prædiis, sed uni prædio duorum communi, & hi prædium serviens in commune redemerint; putat Iulianus servitutem exstingui: quæ tamen maneret, si proprio meo, & proprio tuo idem serviret, & id in commune redimeremus. *L. si communi*, *D. de servit. rustic. præd.* Sententia parum expositæ rationis. Quam tamen probabiliter reddi posse hanc existimo, ut servitus hoc casu per partes non retineatur, quia cum iam prædium dominans inter duos commune est, & hi alterum serviens similiter in commune redimunt: facere videntur, ut uniuscuiusque pars, quæ est in prædio serviente, videatur servire parti suæ, quam habent in prædio dominante, dum uterque id agit, ne in ea redemptione alteri socio noceat, sed par sit caussa & utilitas utriusque. Sic enim fit, quod Iulianus pro ratione adfert in *d. L. si communi*, *de serv. rust. præd.* ut hoc modo par utriusque domini ius in utroque fundo esse incipiat. Par ideo, quia uniuscuiusque parti sui prædii pars ex æquo serviat. At hoc iam fieri non potest, ut res sua cuiquam serviat. *d.* [3] *L. in re communi*, *de servit. urb. præd.*

XI. Remissione amittitur servitus, ut quisque cui servitus debetur banc domino prædii servientis voluntate remisit. Usque adeo, ut etiam iter ad sepulcrum hoc modo recte amittatur. *L. ad certam*, *L. servitutes prædiorum*, *§. 1. D. de servit.* Atqui servitus nuda voluntate inter vivos non constituitur, sed & constitutio traditionem desiderat. *L. quoties*, *ult. D. de serv.* Qui potest igitur, quæ nuda voluntate non constituitur, nuda voluntate dissolvi contra regulam iuris, quæ dictat unumquodque iisdem modis dissolvi, quibus colligatum est? *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. iur.* Sed nihil ne hoc quidem adversus regulam iuris. Quin & hic servitus eodem modo amittitur, quo & quæsita est: voluntate nimirum domini, & possessionis omissione, uti voluntate eius, & possessionis traditione quæsita fuerat. De voluntate eius constat ex remissione. Qui servitutem remittendi animo habere noluit, simul eius possessionem omisit. Animo enim solo amittitur possessio. *L. 3. §. in amittenda*, *D. de acquir. poss.* Possessione servitutis amissa ab eo, qui hoc animo fuit, ne servitutem etiam haberet, ipsa servitus amittitur, vel exigente superiore regula iuris: si modo servitutem retro tradere voluit, & velut in eum, qui debuit, transferre. Quod fit servitutem remittendo, dum hac remissione libertas velut restituitur vicino. Sed quod fit in constituenda servitute, hoc idem & in remittenda servatur, ut quemadmodum ab initio per partes indivisas constitui non potest, sic nec possit remitti. Nisi forte ad certam partem fundi remittatur. Nam & ab initio ad certam partem, id est, divisam potest constitui. Quoniam hæc non est pars fundi, sed fundus. *L. ad certam*, *D. de servit. L. si quis duas*, *§. 1. D. com. præd.*

XII. Remisisse servitutem intelligitur non solum, qui verbis aperte remisit: sed etiam qui re aliqua & facto id ipsum se velle declaravit. Quod is fecisse existimatur, qui concessit in loco serviente id facere, quo facto usus servitutis impediatur: puta in ea area, quæ stillicidium meum recipiat, ædificare; in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere. Unde hac permissione & stillicidium, & viam continuo amitti placet. *L. si stillicidii*, *D. quem. ser. amit.* Hoc tamen ita, dum non precario concessum sit, sed donationis caussa, aut pretio, ut animum remittendi fuisse appareat. *L. pen. D. com. præd.*

XIII. Interdum tamen remissio nihil agit, quasi fuerit sub conditione tacita, quæ conditio non extiterit. Quod accidit in hac specie. Nam si ab eodem prædio duæ servitutes uni debebantur, puta ab ædibus altius non tollendi, & stillicidii recipiendi; a fundo via, & ususfructus; quamvis is unam ex bis remiserit donationis caussa; placet tamen sic hanc amitti, si sine interitu alterius licet uti concesso: si non licet, neutram remissam videri. Quod exemplis declaratur in *L.* [4] *si domus*, *D. de serv. urb. præd. L. si mihi eodem*, in princ. *D. de serv. rust. præd.* Et recte. Unam enim tantum remissam apparet hoc animo, & velut tacita conditione, ut altera retineatur. Quare si hæc sine altera remissa retineri non potest, eveniet, ut tanquam deficiente remissionis conditione, neutra servitus remissa videatur; denique ut qui unam remisit, eam habeat, quam non remisit, quæ sine altera haberi non potest.

CAP.

3) Obst. tamen *d. L. 27. L. 34. eod. t.* Resp. Pac. 3. Q. 59. dist. Aut fundus serviens eodem tempore acquiritur utrique & servitus exstinguitur *d. L. 27.* quia uterque quasi pro una persona. Aut pertinet ad unum ex dominis prædii dominantis, qui deinde eum communicat cum socio, ac non perit. *d. L. 34.* Quod non probat Io. Superior *in L. 2. de servit. n. 7.*

4) Cui non obstat *L. 8. pr. h. t.* vid. Pac. 7. Q. 88.

C A P. XVIII.

Etiam non utendo amitti servitutes prædiorum: sed aliter rusticorum; aliter urbanorum: Et quid hic proprium generis utriusque. Nec pluribus modis, quam superioribus servitutes prædiorum amitti.

Etiam non usus *est amittendae servitutis caussa*. I.
Sed hic tamen aliqua desiderat cum in servitutibus urbanis, tum rusticis. II.
In rusticis 1. *ut nemo, sive dominus praedii, cui debetur, sive qui alius est in possessione usus fuerit constituta servitute*. III.
Qui non utuntur, hi sunt in triplici genere, & qui. IV.
Quicumque tamen sive dominus sive alius utatur, servitutem utendo retinet. V. VII.
Modus utendi duplex, & qui ille. VI.
Sive tota servitute, sive parte servitutis utatur, quod quale sit exponitur. VIII. IX.
Interpretatio L. 6. *versic.* sed si fundus. D. quemad. servit. amit. X. XI. XII.
Cum plures domini utuntur unius praedii servitute; an singuli amittant non utendo, etiam aliis utentibus; & quid si servitute, quae communi praedio debetur, quidam non utantur. XIII.
2. *Ut nemo usus fuerit servitute, decem aut viginti annorum spatio, si illud continuum*. XIV.
Secus, duplo, aut triplo longiore tempore & quomodo. XV. XVII. XVIII.
Continuum tempus cur idem, ac quotidianum; utrumque, triplex, & quale unumquodque. XVI.
Annua intervalla plurium diverso tempore non utentium, in legitimo non usus spatio computantur. XIX.
Quocunque modo non usus aliquis fuerit, sive culpa, seu casu, servitutem amittit; & tamen ei qui casu amisit a lege subvenitur, & quomodo. XX.
Exceptio. XXI.
In urbanis praediis praeter non usum legitimi temporis requiritur in amissione servitutis etiam libertatis aedium usucapio. XXII.
Usucapio libertatis aedium quot partibus contineatur. XXIII.
Haec cur in urbanis necessaria, non item in rusticis. XXIV.
Praediorum servitutes tribus tantum superioribus modis amittuntur. Et quare secus in usufructu. XXV.

I. ETiam non [1] utendo servitutes amittuntur tam urbanorum, quam rusticorum prædiorum. *L. hæc autem, D. de serv. urb. præd.* Sed hoc modo hæ non similiter.

II. Sunt enim quædam, quæ ad hanc intermissionem utendi accedere oporteat: ex quibus pauciora in rusticis prædiis observentur, plura in urbanis. Atque hæc sunt in summa. In servitutibus rusticorum prædiorum duo. Sunt autem hæc: ut nemo servitute constituta sit usus; tum ut ne usus per totum constitutum tempus. In urbanis præter hæc duo adiicitur tertium, ut is, qui servitutem debet, vicino non utente, simul & ipse per idem tempus libertatem ædium suarum usuceperit. Quæ singula qualia sint, consideremus.

III. Primum illud exigitur in commune ad hanc amissionem in servitutibus omnibus, ut constituta servitute usus sit nemo, id est, neque is, cui servitus debetur, neque is, qui sit in possessione prædii dominantis. *L. usu. D. quemad. serv. amit.*

IV. Eorum, qui servitute non uti intelligantur, genera tria sunt. Qui si omnes probantur in ea caussa esse, ut per singulos servitus amittatur; satis argumenti erit veram esse superiorem sive conditionem, sive definitionem; & simul quid contineat, intelligetur. Primum genus est eorum, qui omnino serviente loco non utuntur: quod dubitationem non habet. Secundum eorum, qui utuntur quidem loco serviente; sed non ita, ut tanquam servitute utantur; & breviter, qui non ut suo iure, non iure servitutis utantur. Veluti si utantur via quidem, sed ut publica. *L. ult. quem. ser. amit.* aut utantur ut privata, at non iure

[1]) De qua vid. Cæpolla *de Serv. urb.* C. 24. Vital. 2. *Var. Lect.* 11. Prohibita alienatione, etiam hæc amissio ut in servitute fundo dotali debita *L. 5. & 6. de fun. do.* vid. Cuiac. 11. *Observ.* 28.

iure servitutis: sed quia pro tempore cogebantur per fundum vicini transire, puta vel propter incommoditatem rivi; vel quia via publica interrupta erat. *L.* 1. §. *Vivianus, D. de iti. act. pri.* Tertium eorum, qui & loco serviente utuntur, & utuntur iure servitutis: sed non utuntur servitute constituta. Quod contingit ei, cui servitus ad certum modum constituta est, & alio modo per omnia utitur. Veluti, si cui aquæductus cessus sit, ut certis horis & temporibus aquamduceret, & aliis duxerit: Si via concessa, ut certo genere vehiculi uteretur, & alio fit usus; Si concessum, ut certam aquamduceret, & aliam duxerit. Et ideo his omnibus modis placet, si cætera concurrant, servitutem amitti non utendo. Scilicet quia usus quis sit, sed non constituta servitute. *L. si communem*, §. 1. *L. is cui.* seq. *L. si quis alia*, in princ. *D. quem. servit. amit.* Non est in eadem caussa, qui fecit quidem id, quod licuit; sed fecit amplius aliquid: sicuti si latiore via sit usus, aut plura iumenta egerit, quam licuit, aut aquæ admiscuerit aliam. *d. L. is cui. eod.*

V. Sed quemadmodum in usu personæ hoc exigimus ad amissionem servitutis, ut nemo servitute sit usus: ita in eo ad hanc amissionem sciamus nihil amplius requiri. Hoc eo pertinet, ut si quis omnino usus sit servitute, quisquis is sit, & quacumque in parte usus fuerit, intelligamus servitutem non deperire: quia non id evenerit in hac parte, quod lex coercet.

VI. Utitur servitute non is tantum, qui usum servitutis semel cœptum facto suo repetit: sed etiam qui ad usum servitutis id positum habet, in quo eius possessio versatur. Ut in servitutibus urbanis si quis tignum immissum, aut ad servitutem luminum ædes suas altius sublatas habeat. Ideo hoc posito velut usu servitus in hoc genere retinetur. Et hoc est, quod Paulus ait, servitutes, quæ in superficie consistunt, idest, in ædibus, possessione retineri. *L. servitutes*, in pr. *D. de serv. urb. præd.*

VII. Quis utroque modo servitute utatur, ad retinendam usu servitutem nihil interest: puta isne, cui debetur servitus, an alius. De eo, cui servitus debetur, non est dubium: dum modo prius hoc constet eum usum esse. Is videtur uti, sive utatur ipse, sive alius eius nomine: ut mercenarius, amicus, hospes, medicus etiam, quive ad visitandum dominum venit. *L. usu, quem. ser. amit. L. non utitur, D. de usufr.* De alio dubitari potest, qui dominus non sit, nec domini nomine utatur. Sed tamen & de alio quovis ita placet, ut si quis, quia est in possessione fundi dominantis, prædii servitute utatur, etiam eius usu non minus servitus retineatur: quo in numero sunt socius, fructuarius, bonæ & malæ fidei possessor. *d. L. usu*, & quatuor seqq. *L.* 5. *quem. serv. amit.* At isti non utuntur nomine eius, qui prædii dominus est, cui eidem debetur servitus. Sed utuntur nomine prædii, seu ut debita prædio servitute. Hoc vero sufficit. Est enim servitus prædii, non personæ. *L.* 6. in pr. *L. denique* 22. *D. eod.* Ita semper verum est, his utentibus esse aliquem, qui debita servitute utatur.

VIII. Atque ut in personis utentium nihil interest, quis servitute utatur, ut dici possit aliquem esse usum, nec amissioni servitutis ex hac caussa locum esse: ita nec illud refert in servitutis usu, quatenus quis utatur. Et qui in partem aliquam servitute utitur, totam usu retinet. Partem nunc voco, non proprie partem servitutis, quæ divisionem non recipit. *L.* 1. §. *si ususfructus, D. ad leg. Fal. L.* 4. §. *si fundus, D. si serv. vind. L. stipulationes non*, in pr. *D. de verb. obl.* sed aut speciem, quam genus servitutis constitutæ continet, aut partem loci, seu locorum servientium, in qua quis servitute sit usus. Si quis specie una aliqua servitutis constitutæ sit usus, totum genus retinet. Ut si quis via aut actu constituto, usus sit tantum itinere. Quinimmo etsi cui separatim legata sint iter & actus, si vel itinere tantum sit usus, placet eum nihilominus actum retinere. *L.* 2. *D. quem. ser. am.* quasi usus sit videlicet ea specie itineris, quæ actu tacite continetur, quanvis nominatim non sit legata. *L.* 1. *de serv. rust. præd.*

IX. Idem iuris est, si quis in parte aliqua loci, locorumve servientium servitute, quæ per omnia una erat, usus sit. Hinc placet, si per plurium prædia via mihi debeatur, & per unum tantum prædium iero, nihilominus & in hac & in cæteris quibus usus non sum, totam servitutem retineri: quia una sit via, quæ uni fundo meo debetur, etsi per plures fundos imponatur. Eo fieri, ut in uno retenta retineatur tota, nec prius amittatur, quam in omnibus amissa fuerit, dum pariter non utor omnibus. *L. una est, D. de servit. rustic. præd.*

X. Qua ratione eveniet, quod Celsus scripsit paulo obscurius, vere tamen, & si ad superiorem rationem refertur, certo & non obscure, ut si via mihi debeatur

per

per unius fundum, & is fundum diviserit in duas partes, ut sic duos fundos servientes faceret (nam pars divisa non amplius pars est fundi, sed fundus. *L. si quis duas*, §. 1. *com. præd.*) tum una in parte servitute utendo, in utraque servitutem totam retineam: sive per longitudinem viæ divisus sit fundus, sive per viæ latitudinem. Si quidem, inquit, certo loco viæ constituto, fundus per *longitudinem eius divisus sit, eadem omnia servanda erunt, quæ servanda essent, si initio constituendæ eius servitutis similiter hic duo fundi fuissent*. Hoc ille in *L.* [2] *uam satis*, 6. verf. *sed si is fundus*, *D. quem. servit. amit.* Quid autem servaretur duobus fundis initio positis, per quos via ad meum fundum deberetur? Nempe satis esset vel per unum ire, ut servitus retineretur tota etiam per alterum. Quapropter hoc sentit & in his duabus partibus, id est, fundis postea factis, idem servandum. Id sentire eum divisio, quam dicit, declarat. Dicitur enim fundus dividi per longitudinem viæ, cum ipsa longitudo viæ secatur, & per hanc sectionem fundus ita, ut in singulis partibus divisis via maneat longitudine pristina brevior, at eadem latitudine, quæ ab initio fuerat: uti fieret videlicet ab initio, cum divisis istis fundis per utrumque ex æquo eadem via imponeretur. *Si vero*, inquit, *per latitudinem viæ fundus* serviens a domino *divisus est* (*nec multum refert*, *æqualiter id factum est*, *an inæqualiter*) *tunc manet idem ius servitutis*, *quod*, *fundo indiviso*, *fuerat*. *Nec aut usu detineri*, *aut non uteudo deperire*, *uisi tota via poterit*. Hoc ille continenter in *d. L. 6.* versic. *si vero per latitudinem*.

XI. Id vero obscurius. Incertum enim prima fronte ex verbis, utrum hoc dicat, dum per unam ex his partibus servitute sim usus, totam etiam per alteram partem retineri, ut fieret, fundo indiviso, si quis per unam partem servientis fundi ivisset: an vero contra velit in utraque parte servitutem non aliter retineri, quam si quis per utramque sit usus, quasi utraque pars suam viam divisam ab alterius partis via habuerit. Quod adversativa, *si vero*, significare videtur, quæ connectit dissimiles caussas. Idque etiam divisio ipsa, quam nominat, suadere videatur. Dicitur enim fundus dividi per latitudinem viæ, cum ipsa latitudo & superficies viæ ab initio ad imum dividitur, ac per hanc divisionem fundus ita, ut utraque pars fundi partem viæ sibi adiunctam habeat latitudine divisa angustiorem factam, at manente eadem longitudine, quæ prius fuerat. Quod cum fit, iam videri potest utrque is fundus suam servitutem sibi adiunctam habere; similiter ut fieret, in uno fundo indiviso, quo proinde si quis uteretur, servitutem in eo retineret, si non uteretur, & in eo amitteret.

XII. Sed quid sentiat Celsus, verba superiora & sequentia evidenter declarant. Ait enim fundo per latitudinem ita diviso, ut dixi, manere idem ius servitutis, quod fundo indiviso, fuerat. At, fundo indiviso, per omnem partem loci servientis una fuit via, non duæ. Una ergo & post superiorem divisionem in utraque parte divisa. Id apertius exprimit postea. Quoniam, inquit, unum atque eo modo individuum viæ ius est. Significans, quæ via utrique parti divisæ adiuncta est, non ideo duplicem viam esse, sed unam, ut prius, cuius etiam unum & idem ius sit, quod prius fuerat. At, fundo adhuc manente indiviso, si quis per unam partem loci, in quo via debetur, eat; is totius loci ius & servitutem retinebit. Ergo & qui fundo ita diviso, ut proponitur, si per unam partem ierit, etiam per alteram ius servitutis, quod unum & indivisum est, retinebit. Atqui ne dubitaremus hoc eum sentire, id etiam bis expressit. Primum verbis generalibus, cum definit viam hanc, quæ in utraque parte divisa esse cœpit, nec usu detineri, nec non utendo deperire, nisi totam posse. Quo significatur, si una parte sim usus, totam viam, ac proinde in utraque parte (quoniam una est in utraque) eo usu retineri: & contra tunc solum deperire totam, cum neutra parte simul sim usus. Deinde exemplo manifesto dilucide hoc explicat. Nam si forte, inquit, inciderit, id est, ita acciderit, ut per unam partem ex his divisis non sit plena via relicta, sed ex divisione viæ semita tantum, per alteram autem sit tantum loci, quantum viæ sufficiat, & quis semita illa, quæ per alterum dumtaxat fundum erat, uteretur, non idcirco tamen alter fundus liberabitur. Quod plane nihil aliud est, quam servitutem etiam in altero fundo totam retineri, nec non utendo ea parte interire. Unde ratio sequens; quoniam, inquit, unum, atque eo modo individuum viæ ius est. Sic fit in summa, ut hoc dicat, utro ex superioribus modis fundus divisus sit, per longitudinemne, an vero per lati-

2) De qua vide dimicantes Cuiac. 14. *Obser.* 11. & Hotom, 1. *Amic.* 19. qui pro *ita divisus* reponit *semita divisus*. Nostri expositio probanda videtur.

latitudinem, ad retinendam aut amittendam servitutem nihil interesse: unius partis totam servitutem per utrumque fundum, seu per utramque partem divisam retineri: non utendo tunc deperire, cum neutra parte ad servitutem usus quisquam fuerit. Quid ergo sibi vult adversativa inter utramque speciem interposita? Ut declararet diversas quidem divisiones viæ, & fundi has esse, in quo est vis adversativæ; ius tamen in utraque de amissione servitutis initio constitutæ esse idem. Summa autem eo redit, quod supra posui, cum una est via, quæ per plures fundos imponitur, unius fundi usu etiam per cæteros totam retineri: per omnes tunc interire, cum tota perierit per nullum ea utendo.

XIII. Non idem iuris est, si servitus per unum fundum debeatur pluribus. Si debetur pluribus ad fundum communem, etiam unius socii usu tota servitus usurpatur, ut hoc usu retineatur tota etiam cæteris. Sin pluribus istis debetur servitus ad proprios singulorum fundos, quanvis per locum aut rivum communem, tamen unusquisque servitute utendo hanc sibi usurpat, & retinet: non utendo sibi amittit; tanquam in distincta & propria singulorum servitute: ita ut nulli ex his prosit aliorum usus, nec servitute ab uno amissa, quidquam inde ex aquæductu accrescat aliis. Hoc in *L. aquam, D. quem. servit. amit.* Ideo scilicet, quia cum servitus sit prædii eius, cui acquiritur; idcirco etiam eius prædii iure æstimanda est; ut si unum sit id prædium, sit & una servitus, quæ ei debetur: si plura prædia plurium dominorum, plures quoque sint servitutes, quarum unaquæque suum prædium, cui debetur, sequatur. Quapropter etsi uni prædio communi ab initio servitus constituta sit, si deinde domini eum fundum inter se diviserint, ut singuli fundi, id est, singulæ partes divisæ singulis cederent: necesse erit hoc idem & post eam divisionem evenire, quod Celsus scripsit in *d. L. 6.* versic. *Celsus. D. quem. servit. amit.* idem, inquam, quod supra, ut sibi quisque dominorum usurpet servitutem, sibi non utendo deperdat, uti fieret, si ab initio servitus duobus fundis esset debita.

XIV. Non est satis neminem servitute constituta usum esse, ut non utendo amittatur. Alterum concurrere oportet, ut nemo ex iis, quos supra uti posse diximus, usus sit per statutum integrum tempus. *d. L. hæc autem, de servit. urb. præd. L. si sic.* illic, *idem et. D. quem. serv. amit.* Id tempus ut in usufructu definitum a Iustiniano, decem annorum adversus præsentes, & viginti adversus absentes in *L. sicut, C. de serv. & aq.* Quod tamen sic accipiemus, si sit continuum tempus, quo quis servitute uti potuit. Id autem continuum, quod & quotidianum.

XV. Quod si servitutis usus continuum & quotidianum tempus non habuit, sed erit alternis annis vel mensibus constituta; placet eam non nisi duplicato constituto tempore amitti. Hoc Paulus in *d. L. si sic constituta, quem. serv. amit.* ubi & ille, quod sit hic tempus continuum, quod non continuum, declarat: quo intellecto, etiam distinctionis ratio patebit.

XVI. Continuum ergo tempus ille hic indicat idem esse, quod quotidianum, de sententia Servii. Et recte: quia continuum tempus hic intelligere debemus annorum statutorum continuum tempus. Annum autem civiliter non ad momenta & horas, sed ad dies numeramus. *L. anniculus non statim, D. de verb. sign.* Continuum ergo annorum tempus est, si quid per singulos dies fieri potuit, id est quotidie, ut sit idem tempus continuum & quotidianum. Utrumque autem id triplex est. Primum id sine dubitatione, cum servitus simpliciter constituta est, ut proinde possit quis uti perpetuo, si velit. Alterum, si sit ita constituta, ut quis certis horis sive alternis, sive aliis utatur, dum quotidie. Tertium, si ita constituta, ut utatur etiam alternis diebus. Ac priora duo certa. Apparet enim in illis usum esse quotidianum. Tertium habet dubitationem, ac videtur etiam verbis ipsis constitutionis refelli. Nam quomodo fit quotidie, quod fit tantum alternis diebus: cum unus semper sit dies intermedius, quo quis non utatur? Sed & hic recte quotidianum utendi tempus dicitur, ut videatur quod fit alternis diebus, etiam quotidie fieri. Posterioris enim diei, quo servitute utimur, finis in initium sequentis incurrit, & huius partem velut occupat, ut in eum quoque diem servitutis usus incidere videatur. Ut, si me euntem, aquamve ducentem constituto die extrema eius diei hora occupet, hic necesse est iter & ductum meum incurrere in initium diei sequentis, quo uti non debeo, ut quanvis tum usus meus finiri statim debeat, tamen verum sit eum saltem ad eum diem pervenisse, & in eo substitisse.

XVII. Cæteris ergo intervallis temporum additis, tum scilicet vult Paulus in *d. L. si sic constituta*, non esse continuum uten-

utendi tempus, quia non est quotidianum. In hoc genere si servitus ita constituta sit, ut quis alternis annis, aut alternis mensibus utatur, tum si quis ea non utatur, servitutem duplicato constituto tempore amitti: idest, adversus præsentes non decem annis, sed viginti: adversus absentes autem non viginti, sed quadraginta. Interpretatio ducta ex certa sententia legis. Quæcumque enim lex non utenti, aut rem suam non persequenti pœnam statuit, rei amissionem, nunquam statuit, nisi adversus eum, qui iure rem suam potuit persequi, neque fecit. Adversus eum autem, qui agere non potest, nunquam cedit eius temporis præscriptio, quo agere non potuit. *L.* 1. in fi. *C.* de an. exc. *Quid enim*, inquit Paulus, *potest imputari, ei, qui iure facere quid etiam si vellet, non potuit?* L. cum quidam, §. *si pupillo*, *D. de usur.* At servitute alternis annis, vel mensibus constituta, intermediis annis & mensibus nullus usus servitutis esse potest etiam ipso iure. Intervalla enim temporum ipso iure utiliter adiiciuntur servituti. *L.* 4. in fi. *de servit.* Quare ne id quidem tempus ad præscriptionem nocere potest non utenti servitute. Restat igitur, ut ex omnibus annis, quibus quis servitute usus non est, sumantur ii anni, & menses, quibus iure servitute uti potuit, qui iidem in unum collati efficiunt constitutum legibus tempus. Hoc autem tempus in alternis annis aut mensibus non reperietur, nisi in duplicato legitimo tempore: cum scilicet semper ex duobus annis aut mensibus unum tantum sumere oporteat, ac proinde ex duplicato constituto tempore solum dimidium, quod valeat ad præscriptionem.

XVIII. Ex quo intelligi debet, quod Paulus his dicit de duplicando constituto tempore, solum locum habere in ea specie, quam proponit, cum scilicet aqua constituta est alternis temporibus, alternis annis, vel mensibus. Quod si divisio temporum longius intervallum habebit ad utendum: semper hanc regulam sequemur, ut ad amissionem servitutis, & temporis præscriptionem computentur solum ii decem, aut viginti anni, quibus servitute quis uti potuit. Quamobrem si servitus ita sit constituta, ut quis aquam ducat tertio quoque anno: dicemus tempus hic 3 triplicari oportere, ut non nisi triplicato eo servitus non utendo amittatur: puta præterire oportere triginta annos, quibus aquam non duxerit, si volumus eam amitti decem annis, quibus ducere potuerit. Idemque de aliis intervallis temporum pro portione & facultate utendi iudicandum est.

XIX. In hoc tempore legitimo, quo quis uti potuit, non tantum computatur id, quo qui nunc dominus est, non est usus, sed etiam annua tempora, quibus præcedentes domini, quibus servitus debebatur, usi non sunt. *L. si quis via*, §. 1. *quem. serv. amit.* Merito: isto enim modo verum est, dum neque priores neque posteriores usi sunt, neminem omnino per constitutum tempus usum esse. Quod satis est ad amissionem.

XX. His concurrentibus quæ dixi, ut nemo sit usus constituta servitute, idque factum sit per constitutum tempus, quo servitute uti per ius licuit, ita servitutes rusticæ amittuntur, ut nihil referat iure summo, utrum quis culpa & negligentia usus non sit, an vero casu prohibitus, non etiam iure. Finge fundum per quem via debebatur, a mari aut flumine occupatum: aut aquæductu constituto fontem exaruisse, unde aqua ducebatur. Si per constitutum tempus hic status rerum fuerit, ut necesse esset neque ire agere, neque aquam ducere: placet nihilominus ipso iure servitutem esse amissam. Legi enim locum factum esse: quia verum sit eum, cui servitus debebatur, non esse usum servitute per legitimum tempus, nec quominus uteretur, iure prohibitum fuisse. Sed etsi hoc ita est summo iure; tamen illud adiicitur, amissa hoc modo servitute esse in integrum restitutionem ei, qui amisit, ut servitus ei restituatur, idest, iterum ei constituatur, si aut mare, vel flumen recesserit a fundo serviente, aut fons ad suas venas redierit. *L. si locus*, in pr. *D. quem. ser. am. L. unus*, §. *ult. L. & Attilicinus*, *seq. D. de serv. rust. præd.*

XXI. Excepta est hoc loco una ex omnibus, servitus itineris ad sepulcrum. Hanc placet non utendo nunquam amitti. *L.* 4. *D. quem. servit. amit.* Non est in caussa religio. Alioqui dicendum esset nec eam hoc de caussa remitti posse. Quam tamen recte remitti constat. *L. servitutes prædiorum*, §. 1. *de serv.* Sed hæc ratio est, quam paulo ante attigimus, quod nulli amittitur servitus non utendo per id tempus, quo non potuit ex constitutione servitutis uti, etiam si vellet. Huic enim nihil

3) In quo dissent. DD. qui quæcunque sint intervalla tantum duplicationem admittunt, ut apparet ex Cæpolla *de Serv. urb. C.* 24. *n.* 5. Iac. Toming. *Decis.* 54. *n.* 7. qui exemplum habet servitutis transvehendi fœnum e pratis suis per prata vicini.

nihil est, quod imputetur. *d. L.* 1. in fin. *C. de an. exc. d. L. cum quidam*, §. *si pupillo*, *D. de usur.* Iter autem ad sepulcrum eiusmodi est, ut cum constituatur sepulturæ caussa, cui rei & sepulcrum destinatum est; non liceat ex ipsa etiam constitutione eo itinere extra hanc caussam recte uti. Non semper porro homines moriuntur, quos ibi [4] sepeliamus, non ii, quos conveniat eo inferre. Proinde nullum hic certum tempus, quo dici possit is, cui iter debebatur, itinere, cum poterat, religionis caussa usus non esse. Quocirca nec potest ullum certum tempus ad amissionem servitutis ei cedere.

XXII. Præter superiora duo, quæ in servitutibus rusticis ut exiguntur, ita ad amissionem servitutis satis esse diximus, ut servitus non utendo amittatur; tertium etiam accedere oportet in servitutibus urbanis, quo ex hac caussa pereant. Ut scilicet qui servitutem debet, per idem statutum tempus, quo adversarius servitute usus non est, simul libertatem ædium suarum usucapiat. *d. L. hæc autem*, *D. de servit. urban. præd.* Nam & hæc usucapio ipso iure recepta est, quæ libertatem præstat sublata servitute: non illa, quæ servitutem constituit. *L.* 4. *§. ult. D. de usuc.* Cur hoc tertium exigatur in servitutibus urbanis potius, quam in rusticis, tum facilius intelligetur, cum quid sit libertatem rei suæ usucapere, dixerimus.

XXIII. Ut quis libertatem ædium suarum usucepisse intelligatur, tribus rebus continetur. Primum, ut in suo aliquid positum habeat, quo servitus constituta impediatur. Veluti in servitute ne luminibus vicini officiat, ut dum vicinus fenestras & lumina sua præclusa habuit, ne his uteretur, ipse qui servitutem debet, habuerit ædes suas altius sublatas per idem tempus: aut in servitute tigni immittendi, ut dum is, cui servitus debebatur, tignum abstulit, atque ita servitute non utitur, simul is, qui debuit, foramen unde tignum exemptum est, per idem tempus obturatum habuerit. Exempla *d. L. hæc autem*. Alterum in eo est, ut id, quod positum est ad impediendam servitutem, sit immotum. Si erit mobile, nihil proderit ad libertatis usucapionem. Ut, si quis arborem in suo positam habuit ex adverso luminum a vicino præclusorum; non ideo libertatem adversus servitutem luminum usuceperit: quia quod positum est, non habeat continuam possessionem propter [5] motum naturalem arboris. *L. quod autem*, 7. *D. de serv. urb. præd.* Ad usucapionem autem omnem necessaria est non tantum possessio eius rei, quam usucapere volumus, sed etiam continuatio possessionis. *L.* 3. *D. de usucap.* Tertium & postremum exigit hæc libertatis usucapio, ut qui positum quid habet in suo ad libertatis ædium usucapionem, ædes ipsas per constitutum tempus possideat. Qui si ante constitutum tempus ædes possidere desierit, placet interpellatam videri usucapionem, quasi una cum ædibus & libertatem earum ædium possidere desierit. *L. si ædes*, *§. ult. D. de serv. urb. præd.*

XXIV. Hoc intellecto, iam facilius, ut dixi, cognoverimus quam recte tertium illud in servitutibus urbanis exigatur ad servitutem non utendo amittendam: in rusticis [6] non exigatur. Nempe id caussæ est, quod in rusticis nihil est, quod imputetur ei, qui servitutem debet, si is adversario servitute aliquando non utente, statim aliquid non ponat in suo ad impediendam in reliquum tempus servitutem: in urbanis si per eam occasionem id non faciat, est, quod ei imputetur. Utrumque ex natura servitutis, & usu servituti conveniente. Nam servitutum rusticarum usus, ut itineris, actus viæ, aquæductus, non in opere aliquo versatur, sed in facto utentis; & eo facto, quod continuam possessionem corporalem non habeat; quod pro commodo utentis usurpetur, interrumpatur, repetatur, prout illi visum fuerit. *L. servitutes prædiorum*, *D. de serv.* Est enim hic usus, ut cui servitus debetur, eat, agat, aquam ducat. Quæ omnia pro

4) Ita & Coras. *ad L.* 14. §. 1. *de serv. n.* 4. ubi *n.* 5. ex Castr. refert si casus frequentiores contigerint mortuorum ex familia & alibi sepultorum etiam hanc servitutem amitti. Dissent. Duaren. ad *d. L.* 14. caussam in religionis favore ponens.

5) Quia non ut paries immota, sed vi ventorum subinde agitatur. Duar. ad *d. L.* 7. quod reprobat Zoanet *restit. ad D. C.* 25. quia motus ille accidentalis non naturalis. Motum igitur naturæ accipit, quo arbor crescit, frondes deponit ac viret. Sed Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 12. intelligit transplantationem, quia non, sicuti paries, arbor immobilis: sed citra sui corruptionem loco moveri, alio transferri potest.

6) Rob. 4. *Sent.* 8. Rusticarum usus non aliter explicatur, quam eius facto cui debentur: Urbana vero sola eius qui debet patientia; Præter non usum igitur facto opus est, quod argumentum sit interruptæ patientiæ. Add. Cæpolla *de ser. urb. C.* 24. *n* 6. Connan. 4. *Comm* 12. *n.* 14. Cuiac. *in L.* 4. §. *ult. de usuc.* Nic. Valla *de reb. dub. Tr.* 7. *n.* 18. Vital. 2. *Lect.* 11. *n.* 3. Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 12. Sed nec rationem bonæ vel malæ fidei haberi vult Connan. *d. n.* 14. cum ipsis ædibus libertas acquiratur Quod non admittit Cæpolla *de serv. urb. C.* 20. *n.* 4. & Coras. *ad L.* 14. *De serv. n.* 41. licet non requiri fateantur in servitutibus rusticis, ut & P. Gilk. *de præscrip. P* 2. *membr.* 2. *C.* 3. *n.* 02. quia nullam per hoc labem conscientiæ contrahat, cuius nullum factum, nulla culpa intercessit, quæ hanc notam ipsi adspergere possit.

pro occasione & opportunitate temporum, locorum, personarum usurpantur, & omittuntur. Hæc res facit, ut si quis huiusmodi servitute aliquando non utitur; non ideo tamen significationem det se id facere, quia servitute uti nolit. Potest enim, qui modo usus non est, uti paulo post, & vero hoc animo esse, ut utatur. Quod rursum si ita est, apparet non posse adversus eius voluntatem aliquid in loco serviente tuto poni ad impediendam eam servitutem, de qua nihil dici potest, cur non eius usus ab illo adhuc retineatur. Nulla vero culpa est non tentasse periculose libertatis rei suæ usucapionem, priusquam constiterit vicinum servitute amplius non uti. At hæc significatio certa est in servitutibus urbanis, si quis semel servitute non uti cœperit, natura servitutum, quæ in contrario usu est, id indicante. Earum enim usus non in facto personæ positus est, sed in opere aliquo, quod haberi debeat, per cuius caussam retineatur habendæ servitutis consuetudo, ut est in *L. servitutes*, in pr. *de serv. urb. præd.* puta in tigno immittendo, in fenestris & luminibus aperiendis, in ædibus altius tollendis. Eo fit, ut simulatque quis id opus sustulit, quo ad servitutis usum utebatur, iam certo intelligatur nec servitute eum uti velle. An postea opus restiturus sit, necne, incertum. Nunc quidem, pro eo tempore, quo opus ad servitutem necessarium sublatum est, plusquam certum est eum nec servitute uti, nec velle, aut posse. Hac voluntate eius, cui servitus debetur, cognita, est adversarii uti occasione oblata ad libertatem rei suæ usurpandam, quam potest tuto & sine iniuria tentare per id tempus, quo vicinus non vult, nec potest uti servitute. Culpa, si occasione oblata non utitur. Culpa autem eiusmodi, quæ illi nocere debeat, quominus libertatem ædium suarum nanciscatur; quia in pari culpa utriusque, & illius, qui servitute non utitur, & huius, qui non usurpat suam libertatem; æquius est favere de servitute non amittenda laboranti, quam certanti de adventicio lucro libertatis acquirendæ. *L. non debet actori*, §. 1. *D. de reg. iur. L. ult.* §. *pen.* in fin. *C. de codicil.*

XXV. Ut his modis amittuntur servitutes prædiorum: ita non amittuntur pluribus, ut divisioni & enumerationi superiori a me propositæ nihil desit. Id intelligetur certius, si quos modos amplius posuimus in amittendo usufructu, eos in hoc genere servitutum locum non habere videbimus. Ac tribus modis amplius usumfructum interire diximus, morte eius, cui usufructus debetur, capitis deminutione, & mutatione rei fructuariæ. Nullo modo ex his servitutes prædiorum. Non morte domini servitutis, aut capitis deminutione, ut traditur in *L.* 3. *quem. ser. am.* Nec mirum. Hoc enim genus servitutum non est personæ, sed prædii; non personæ debetur, sed prædio. *L. si mibi eodem.* in fi. *L. unus. de ser. rustic. præd.* Prædia autem neque moriuntur, neque capite minuuntur. Sed nec 7) rei mutatione amittuntur prædiorum servitutes. Ut puta, si sublatum sit ædificium, cui debetur stillicidii immittendi servitus; restituto postea ædificio eadem servitus debebitur; quia res eadem sit propter aream, quæ manserat; etsi forma ædificii fuerit mutata. *L. servitutes.* §. *si sublatum. D. de serv. urb. præd.* Cur hoc aliter receptum sit in usufructu, aliter in servitutibus, & in omni alio fere iure constituto, exposuimus, quod satis esset, cum de amissione ususfructus ex hac caussa diximus. Huc referri debet, quod placuit, si certo generi agrorum servitus constituta sit, veluti iter, via ad vineas, ad silvam, ad pratum nostrum, & vineæ aut silva sublatæ sint, aut ex prato ager novalis, vel hortus factus, nihilominus eamdem servitutem manere: quia superficies quidem mutata sit; sed solum maneat, cui servitus est quæsita. *L. certo.* in pr. *D. de servit. rust. præd.*

HUGO-

7) Item si fons exaruerit & ad suas venas redierit *L.* 34. §. *ult. &. P.* vid. P. Greg. 4. *Syntag.* 23.

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER DUODECIMUS.

De eo quod cuique debetur: seu, De obligationibus, altera parte iuris nostri; id est, eius quod suum est cuiusque.

CAPUT I.

Suum cuiusque esse, etiam quod ei debetur. Deberi nobis id, ad quod præstandum nobis alius obligatus est. Obligatum esse qui obligatione tenetur. Hinc occasio, atque hic locus de obligationibus cognoscendi. Obligatio quid sit.

Transitio atque ordo. I.
Suum cuiusque dicitur & illud quod cuique debetur; & hoc quoque ad summum illud pertinet iuris praeceptum: oportere suum cuique tribui. II.
Eius quod cuique debetur, tractatio ab obligationis cognitione lucem mutuatur, & quomodo III.
Quid sit obligatio: eiusque per partes illustrata definitio. IV. V. VI. & seqq.
Omnis & sola obligatio necessitatem habet praestationis adiunctam. VII. VIII.
Contrariis occurritur. IX.
Quo sensu sola civilis, aut naturalis obligatio praestationis habeat necessitatem. X.
Utraque est huius tractationis; & utraque obligationis appellatione continetur. XI.
Solvere quid sit; ea de re alibi, & quo. XII.
Rei *verbum in obligationibus facta etiam comprehendit.* XIII.
Verba illa: Secundum nostræ civitatis iura *quam vim habeant. Theophili interpretatio refellitur.* XIV. XV.

I. EX duabus partibus eius quod suum cuiusque est, in quas eius iuris cognitionem initio divisimus, exposita est ea pars, quæ versatur in eo, quod proprie suum est cuiusque. Id autem esse diximus, quod iam venit in eius potestatem, neque ad eam rem indiget alterius præstatione: id quod suo iure quisque potest sibi sumere sine alterius vel opera vel iniuria. Ius positum partim in persona ipsa cuiusque, partim in rebus externis: distinctum pro conditione tum personarum, tum rerum. Ex quo necesse fuit & in illis de distinctione ac conditione personarum, & in his de generibus rerum tum divinarum tum humanarum, & in humanis tum publicarum tum privatarum, quænam hæ essent videlicet, & in singulis partibus, quid proprie suum esset cuiusque, dicere. Quod & fecimus. Altera pars sequitur posita in eo, quod cuique debetur, quod sit ei iu-

re

re ab altero præstandum. Nam & hoc [1] ius suum cuiusque: & simpliciter, suum cuiusque dicitur. De quo etsi dixi supra *Lib.* 2. *Cap.* 8. tamen ne quis sit error, quod illic attigi tantum breviter, divisioni illic propositæ serviens, nunc cum ad speciem ipsam ventum est, dicam paulo explicatius.

II. Et vero sic necessario accipi debet summum illud præceptum iuris, suum cuique tribuere, & in definitione iustitiæ illa voluntas ius suum cuique tribuendi, ut id quoque intelligatur, quod cuique debetur. *L. iustitia*, *D. de iust. & iur. Inst. eod. tit.* in pr. & §. *iuris*. Alioqui cum id, quod debetur cuique, id ei maxime præstari & tribui debeat, nisi id præcepto illo summo, & definitione superiore continetur, erit aliquid in summo illo fine iuris & iustitiæ prætermissum. Sed non dubium est, quin ita sentiant, & loquantur veteres, ut quod debetur cuique, id etiam in eo genere habeant, quod sit suum cuiusque. Unde eum, qui persequatur, quod debetur, suum persequi; qui id consequatur, suum consequi, suum recipere, ad suum pervenire, apud nostros frequenter legimus. *L.* 6. §. *apud*, *D. quæ in fraud. cred. L. repetitio*, *D. de cond. ind. L. cum duobus*, §. *idem respondit socius*, *D. pro soc. L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* Cic. pro Quintio: *quid? hoc quo pertinet? ut ocyus ad tuum pervenias?* idest, ad id quod tibi debetur. Sequitur enim paulo post: *Quid a nobis autem C. Aquili refertur? pecuniam petit. Negamus deberi.* Et iterum, neque id rursum multo post: *inveniri ratio C. Aquili, non potest, ut ad suum quisque quamprimum sine cuiusquam dedecore, infamia, pernicieque perveniat?* Idem pro Cæcinna: *potuisti enim leviore actione confligere; potuisti ad tuum ius faciliore & commodiore iudicio pervenire.* Pro quo paucis aliquot verbis interiectis, dicit ius suum persequi. Sane quod nobis debetur, id proprie nostrum non est; atque adeo præsenti statu rerum inspecto [2] nostrum dici non potest. Non enim ante fit nostrum, seu dominii & iuris nostri, quam transferendi caussa a domino præstitum fuerit. Si quidem traditionibus, non nudis, idest, solis pactis dominia rerum transferuntur. *L. traditionibus*, *C. de pact.* Unde cum quis aurum suum omne uxori legasset: placuit id aurum quod testatori deberetur ex stipulatu, non pertinere ad uxorem; quia illius factum adhue non esset. *L. scribit*, *D. de aur. & arg. legat.* Sed dum spectatur id quod iure fieri oportet, nostrum dicitur, quod eiusmodi est, ut nobis præstari debeat, quod nostrum fiat: sed tum maxime, cum est actio, qua id consequamur, ab effectu certo. Prope est enim ut videatur rem habere, qui actionem habet ad eam consequendam. *L. qui actionem*, *D. de reg. iur.* Atque hinc ille veterum usus de hoc verbo. Utcunque est, cum id quod debetur cuique, quodque ei præstandum est, ita sit in iure eius, ut si minus adhuc eius est, tamen ei tribui debeat: perspicuum est saltem ad præceptum illud iuris summum pertinere, quo præcipitur ius suum, seu simpliciter suum cuique tribuendum, quando non est aliud præceptum, quod alii quidquam tribuere iubeat. Quamobrem & in quæstione eius, quod suum cuiusque est, debet omnino ad hanc cognitionem referri.

III. In hac parte hoc quæritur, quid cui debeatur; & hoc ipsum quod debetur, quomodo obtinere possimus, ut præstetur. Utrumque ut intelligatur, præstat cognitio obligationis. Id enim debet quisque, ad quod præstandum obligatus est: & obligatio omnis eam vim habet, ut præstari oporteat, quod est in obligatione. Ut proinde obligatio una sit & debendi caussa, & eius quod debitum sit, præstandi. Unde fit, ut cum de eo quod nobis debetur, quæritur, omnis ea quæstio & tractatio ad obligationis ius & cognitionem conferatur. Id an ita sit, statim ab initio definitio utriusque declarabit. Deberi id dicitur, quod iure quemque præstare oportet. Hinc debitor, cum proprie appellatur, is, a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. sign.* Non exigitur ab invito, nisi quod invitus etiam debeat præstare. Hinc & natura debere di-

1) Non igitur obligationes pertinent ad ius personarum, ceu post Lonot. *de Iur. Tr.* 17. *de pact. axiom.* 2. contendit Vult. *ad pr. I. h. t. n.* 8. *&* 1. *& disc.* 14. *&* 16. cum & aliud non tantum methodus in Institutionibus servata, sed & §. *ult. I. de usu & hab.* aperte convincat, ubi obligationes inter res referuntur, non generaliori acceptione vocis *rei*, sed quatenus secundum iuris obiectum, a personis & actionibus distinctum constituunt. Nec sequitur: Ex obligatione est actio in personam: Igitur est ius personæ. Longe enim alia ratione dicitur actio in personam, alia ius personæ. Hoc quippe statum & conditionem personæ denotat; illic verba *in personam* circumstantiam, non statum significant. Sic pacta alia in rem, alia in personam. Servitutes aliæ personæ, aliæ prædii; neutiobique tamen ius personæ. Quin immo actiones præiudiciales quæ de statu & vero iure personarum, reales tamen §. *præiudiciales* 13. *I. de act.* renitente licet Vult. *ibid.* Ac obligationes certe in bonis & patrimonio nostro sunt *L.* 49. *de V. S.* non ita iura personarum. vid. Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *Conclus.* 3. *n.* 24. *& seq.*

2) *L.* 27. §. 2. *d. t.* Walth. 1. *Misc.* 14. meorum appellatione actiones contineri *L.* 91. *de V. S.* si pronomina, *meum tuum, &c.* adiiciantur universitati bonorum *L.* 30. *ad Treb.* non si rei particulari. *d. L.* 27. §. 2. *d. L.* 34.

dictus, quem iure gentium dare oportet. *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. iur.* At hoc ipsum quemque præstare oportet, qui ad eam rem iure est obligatus. Hoc vero definitio certa obligationis ostendit, tradita a Iustiniano. *Tit. Instit. de obligation.* in princ.

IV. Ac cum de obligatione sermo ut dixi, futurus sit, vel hac de caussa maxime inde ordiri oportet. Sic ergo ea definitur 3 *iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ, secundum nostræ civitatis iura.*

V. Vinculum; quia obligatione vincimur & adstringimur, ut sequitur. Translatione ducta a 4 vinculis corporalibus; & recte ducta: quia quod efficit vinculum corporale in his qui vincti sunt, id efficit iure obligatio in iis, qui sunt obligati. Qui vincti tenentur a nobis, ita tenentur, ne nobis possint effugere. Si videtur, duci & trahi possunt a nobis, quo volumus, & sequi necesse habent. Nec prius in ea potestate nostra esse desinunt, quam eo vinculo soluti fuerint. Eadem omnia in obligatione. Qui nobis obligatus est, ita tenetur vinculo & necessitate præstationis, ut non possit effugere, quin dum obstrictus est, ita teneatur. Si vere & proprie obligatus est, ita tenetur actione, ut cum eo iure agi, & ob id in ius trahi possit, cum videtur. Nec ante liberatur ea necessitate sequendi, quam obligatio soluta fuerit. *L. negantes, Cod. de obligation. & action.*

VI. Sed hoc vinculum est iuris. Ut intelligamus nullum hic vinculum corporale quæri debere, quo vinciatur is, qui obligatus est. Nihil hic esse, quod cernatur, aut consistat natura. Totum *in iure* consistere, ut de rebus incorporalibus, & inter cæteras de obligatione traditur, *Tit. Instit. de reb. corpor. & incorpor.* In iure ideo, quia cum non sit hic ullum vinculum re vera; iure tamen constituitur, iure perinde habetur, quasi esset. Neque id otiose, ne quis hic inanem iuris fictionem cogitet: sed eo effectu constituto, qui plane futurus esset, si vere hic esset vinculum, quo quis obstringeretur. Effectus is, qui sequitur.

VII. Obligatione obstringimur necessitate alicuius rei solvendæ. Id est, sic obstringimur, ut necesse habeamus quid præstare. Id ipsum quod prius diximus nos debere, seu debere præstare. Nihil vero hoc amplius efficeret verum vinculum, ac fortasse ne id quidem. Interim sic definitur hic obligatio, ut semper adiunctam habeat necessitatem præstationis. Quo loco quæsitum est, satisne recte definiatur illo modo. Movet, quod non ea solum obligatio est, ex qua quod debetur, exigi potest ab invito actione in eam rem constituta, quæ vere illam necessitatem præstandi imponit; sed & naturalis quædam obligatio est, quædam solum civilis. De quibus postea in divisione obligationis. Quarum tamen ex utraque nulla videtur necessitas esse præstandi. Nam ex naturali nulla est actio, qua quis ad præstandum cogi possit. *L. naturales, D. de obl. & act.* Civilis obligatio actionem habet, sed iure prætorio inutilem, ut quæ exceptione infirmetur. *§. præterea. Instit. de exc.* quod perinde est, ac si hic nulla esset actio. *L. nihil interest, D. de reg. iur.* Aut igitur volumus has obligationes definitione comprehendi, aut non comprehendi. Si comprehendi, falsa est definitio, quæ statuit ex omni obligatione adstringi nos necessitate præstandi; si non comprehendi, manca: quæ eas species omisit, quæ definiti verbo continentur. Sed recte defendetur omnem obligationem necessitatem in se habere alicuius rei præstandæ, & quæ non habet, hanc obligationem non esse: ut nihil hic amplius contineat definitum, quam definitio, & contra, neque eo minus vera sit definitio.

VIII. Quod ut intelligatur, sciendum est obligationem & proprie dici, & paulo generalius etiam per 5 abusionem. Proprie eam, cujus nomine aliqua actio competit: minus

3) Obligationis vox etiam metaphorice in iure sumitur. Nam obligari dicitur vulnus a chirurgo, arbor ab agricola, a iudicis statore deprehensus facinorosus. Egy. Baro *Lib. 1. de divid. & indiv. obl. C. 4.*

4) Ita & Gæd. *ad L. 47. de V. S. n. 1. & de Contr. stip. in Proleg. n. 2.* Unde versus glossæ vulgatus:

Verba ligant homines, taurorum cornua funes.

Cui similem ex Euripide adducit Rainald. Coras. 2. *indag.* 16.

Πᾶν ἐξαιρεῖ λόγος, ὃ καὶ σίδηρος πολεμίων δράσειεν ἄν.

Cuncta sermo conficit, quæcunque ferrum efficere potest hostium. Atque hinc obligatus dicitur adstrictus, obstrictus, illigatus alligatus vid. P. Fab. *ad L. 35. de R. I.* Vinculum vero potius quam vinctio dicitur, ut non actus obligandi significetur, sed æquum quiddam perpetuo durans, dum ab eo nexu absolvamur. Baro *Li. 1. de div. obl. C. 4.*

5) Ita & Duar. *de O. & A. C. 1. per L. 16. §. 4. de fideic.* Baro *Lib. 1. de div. & indiv. oblig. C. 4. & ad pr. I. h. t.* Cuiac. 9. *ad Afr. in L. frater a fratre* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 19. Et Vacon. 1. *declar.* 21. *n.* 18. solam civilem obligationem definiri probat ex verbis *secundum nostræ civitatis iura.* Iura enim ait Romanorum civilia non habent vim extra Romanam iurisdictionem. Naturalis autem obligatio effectum habet apud omnes gentes. Sed Hopp. *Lib. 1. ἐπιβολῶν ad tit. I. de oblig. pag.* 3. omnium obligationum unam eandemque naturam esse, quatenus obligationis nomine contineantur. Et Vult. *ad pr. I. h. tit. n.* 21. hoc simpliciter acceptum falso dici, *καὶ τὸ* & collata obligatione naturali ad naturalem & civilem simul, vere.

minus proprie eam, ex qua ita quid debetur, ut tamen peti non possit, aut non possit utiliter; in quo numero est naturalis illa, & civilis sola obligatio. *L. fideiussor*, 16. §. *fideiussor*, *D. de fideiussor*. Utrumvis ex his sequamur, non deest defensio superior. Si obligationem proprie hic accipi volumus, vera est & iusta definitio sine controversia. Est enim ea obligatio omnis vinculum, quo propter actionem adiunctam obstringimur necessitate rei præstandæ. Et ut omnis, ita sola; ut hoc sensu nulla sit species obligationis, quæ hac definitione non comprehendatur; etiam si quis concesserit nullam aliam obligationem in se habere necessitatem præstationis.

IX. Nihil ad rem pertinet, quod non comprehenduntur naturalis illa, & civilis sola obligatio, quarum nomine nulla est actio utilis. Nam ne hæ quidem proprie sunt obligationes, ut dixi: ut si quis eas eximit definitione, simul etiam eximere eum oporteat definito. Et ut alibi forte repudiari posset hæc defensio: certe apud Iustinianum quo loco ab illo superior definitio traditur, hæc defensio est necessaria. Sensit enim ille solum de ea obligatione, quæ actionem parit: quo in genere naturalem, & civilem solam haberi non oportet. Id sequentia evidenter arguunt in *d. Tit. de obl.* Nam quam obligationem initio definierat, eam statim dividit in civilem & prætoriam. Civilis autem est quæ iure civili; prætoria quæ iure prætorio actionem parit. Idem continenter eamdem illam obligationem, quam posuerat, nasci ait ex his quatuor caussis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio. At ex his omnibus caussis actiones iure nascuntur, ut in singulis his generibus, & in singulis horum generum partibus deinceps ab eodem Iustiniano declaratur. Quare non est dubitandum, quin ut ex proprietate verbi, sic ex instituto & sententia Iustiniani recte definiatur obligatio solum id vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei præstandæ: etiamsi hanc necessitatem proprie sic acceperimus, ut sit eius, qui ultro actione & iudicio cogatur quid præstare.

X. Sed etsi generalius placet omnem obligationem hic accipi etiam eam, quæ per abusionem ita dicitur, ut naturalem illam, & civilem solam, quas dixi: tamen & hoc recte defendetur, ne sic quidem mancam esse aut falsam definitionem. Sed & istas ut definiti verbo, sic & verbo definitionis, nec falso contineri. Sunt hæ obligationes, ac non dicuntur tantum. Sunt & vincula, quibus adstringimur necessitate aliquid præstandi, qua parte etiam illis definitio congruit. Non habent plenam necessitatem præstationis adiunctam per omnia: quin illis deest præcipuum vinculum huius necessitatis, actio. Non eo minus tamen eas suo modo necessitatem hanc præstationis in se habere verum est. Nam & obligatio naturalis consequitur sæpe adversus invitum, quod sibi debetur; alias per retentionem rei debitæ, alias per compensationem, alias per fideiussores aut pignora, quæ ei obligationi accesserint, ut in effectis huius obligationis dicetur suo loco. Sed & civilis illa, quæ civilis sola est, etiam actionem habet ad exigendum, quod debetur, & quidem efficacem, ut diserte scriptum est in *d. §. præterea, Inst. de exc.* Additur quidem ibidem continuo, hanc actionem exceptione removeri; quo significatur iure quidem civili summo efficacem esse: at iure prætorio, quo exceptio comparata est, id est, exitu, constitui inutilem. Sed cum ita sit inutilis, si exceptio opponatur: vel hoc ipsum declarat actionem esse efficacem, si exceptio non opponetur. In quo est illa necessitas præstationis. Ac ne dubitemus hanc necessitatem illis tribuere, hanc ipsam illis veteres non obscure tribuunt. Nam in *L. cum amplius*. §. 1. *D. de reg. iur.* ita scriptum est: *is natura debet, quem iure gentium dare oportet.* De naturali obligatione hoc scriptum esse apparet. Natura enim debere, & natura seu iure naturali obligari, idem valent. *L. quod pupillus*. *D. de cond. ind.* iuncta *L. pupillus*. *D. de obl. & act.* Quid est autem dare oportere, nisi necesse habere quid præstare? De civili autem obligatione sola iam dixi diserte scriptum esse in *d. §. præterea, Inst. de except.* ex hac obligatione actionem esse, quæ sit efficax: tantum illi obstare exceptionem. Quod quidem ita accipiendum est, si exceptio in lite contestanda opponatur. *L. si quidem*. *L. præscriptionem*, *C. de except.* Non offendemur eo, quod dicitur verba cum effectu esse accipienda, *L. 1. D. quod quis. iur. L. pen. §.*

vere. Quia alia quæstio substantiæ a quæstione qualitatis. Nec quod minores naturales vires, id proprietatem concernit, nec maioris minorisve ratio genus aut speciem mutat. Nec placet doctrina *Connan.* 2. *Comm.* 3. *n.* 2. naturalem obligationem natura verbi attenta non recte ita nominari, cum sit doctori ac magistro similior quam iudici; ac invitet, hortetur, moneat, non compellat vel exigat. Nullum ipsius ius vinculum, necessitatem, sed in facto tantum positam esse.

5. *D. ne quis eum qui in ius voc. est, vi exim.* Nam & obligatio naturalis, & illa ipsa quæ solum civilis est, suos effectus habent, ut dixi, ad eam necessitatem imponendam, quam in obligatione quærimus. De quo plura in ipsis generibus. Quare utro modo ex istis obligationem accipi placet, recta est & definito optime conveniens definitio. Tantum monendi sumus, priorem significationem, quæ ex verbi proprietate est, convenire iis, qui quærunt eam obligationem, ex qua actio nascitur, ut fecit Iustinianus in *Institutionibus*: posteriorem iis, qui quærunt in universum, quid nobis quoque iure debeatur.

XI. Est autem quod debeatur non tantum ex vera illa & efficaci obligatione, quæ actionem parit: sed etiam ex naturali sola, & civili sola. Quod quia ad ius cuiusque non minus pertinet, nobis propositum esse debet, & de eo in hac parte quærere. Quamobrem & instituto servientes posteriore ista significatione obligationis verbo utemur, & ad eam quidquid est istius necessitatis in definitione referemus.

XII. *Alicuius rei solvendæ*. Solvere est præstare, non quidvis, sed quod debeas: ut insit in hoc verbo & præstatio & præstatio rei debitæ. Indicat illa sententia iuris, Solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. tol. ob.* in princ. Solvere proprie est aut expedire ipsum vinculum; unde soluta & dissoluta obligatio quæ sublata est; aut liberare vinculo id quod adstrictum erat: ut semper in eo quod solvitur, vinculum esse oporteat. Et quidem hac ratione etiam persona obligati cum liberatur, recte solvi dicitur. *L. decem, D. de verb. oblig.* At quomodo solvi res, quæ præstatur; cum in persona obligati vinculum fuerit, quo ille obstringebatur; in re non fuerit? Solum enim tunc obligatur res, cum pignori aut hypothecæ subiicitur. *L. res, 5. D. de pignor.* Sed de eo dicetur opportunius in solutionibus: ubi de vi & potestate huius verbi proprie cognoscendi locus est. Nunc satis est tenere, in usu iuris dici rem solvi, cum debita præstatur. *L. solutam, 49. D. de solut. L. si rem, §. omnis, & seqq. D. de pignor. action. L. 4. §. ait. D. de re iudic.*

XIII. *Alicuius rei*. Res a factis interdum distinguitur: ut cum dicitur, in stipulatum deduci posse non solum res, sed etiam facta. *§. ult. Inst. de verb. oblig.* ubi rerum verbo intelligimus res per se consistentes sive natura ut corporales, sive iure ut incorporales, & eas quas ex obligatione dari oporteat: facta autem quidquid præter dominii translationem fieri debeat. Unde eadem sententia stipulationes dictæ consistere, partim in dando, partim in faciendo. *L. 2. in princ. D. de verb. oblig.* Non sic hoc loco rei verbum accipiendum, ut bene Accursius monet; sed generaliter ita, ut superius utrumque contineat; intelligaturque obligatio eam necessitatem habere, ut sive quid ex obligatione dandum est, detur; sive quid faciendum, ita præstetur & fiat. Hoc exigit verbum rei, quod cum per se ponitur, generale est. *L. 1. D. si certum pet.* Exigit & obligationis natura, quæ cum sit, ut dixi, aut in dando aut in faciendo, & generaliter in aliquo præstando, ut est in *L. 3. D. de oblig. & act.* id ipsum ad necessitatem obligationis postulat, ut utrumque præstetur.

XIV. *Secundum nostræ civitatis iura.* Theophilus hæc verba retulit ad proximum verbum solvendæ, tanquam addita huius solutionis temperandæ caussa. Ut sit sententia, obligationem esse vinculum, quo adstringimur necessitate alicuius rei solvendæ: non tamen quovis modo solvendæ, sed solvendæ recte, & secundum nostræ civitatis iura: ut scilicet qui solvit, ea solutione liberetur. Adiectum ideo, ut ille scribit, quia non omnis præstatio rei debitæ solventem liberat; ut est solutio eorum, quæ vel pupillo solvuntur, vel pupillus ipse solvit sine tutoris auctoritate. *§. nunc admonendi, §. at ex contrario, Inst. quib. al. lic. vel non.* Idem sensit Accursius in postrema interpretatione, quam ad explicationem horum verborum retulit. Sed diligenter cavenda est hæc interpretatio; ex qua non tantum adiectio supervacua, sed & sententia ipsa definitionis falsa efficitur. Adiectio fit supervacua, quia qui dixit alicuius rei solvendæ, satis dixit quo intelligatur, rei recte & secundum ius solvendæ, ut non necesse sit hæc eadem quasi prius non expressa adiicere. Id enim solum dicitur solutum, quod recte & iure solutum est. Ut condemnatus, qui rite condemnatus est. *L. 4. §. condemnatum, D. de re iudic.* Cautum vel satisdatum, quod recte nec vitiose cautum, satisdatum est. *L. quoties, D. qui satisd. cog.* Omnia ideo, quia quod vitiose & non iure fit, nec factum videtur. *d. L. quoties, L. non dubium, C. de legib.* Sed in primis animadvertendum est ex hac interpretatione sententiam induci falsam, & naturæ obligationis plane contrariam. Nam qui

qui dicit obligationem habere necessitatem rei solvendæ, & id ita temperat, dum res secundum ius solvatur, & liberatio nascatur; is hoc dicit, si quis solvendo non liberetur, eum obligatum non esse, seu in eo non esse obligationem. Quod aperte falsum est: ac ne hoc quidem Theophilus, si aperte rogatus esset, unquam diceret. Nec alio exemplo magis declaratur, quam pupilli solventis, aut eius qui solvit pupillo. Est istorum solutio inutilis. Sed non ideo minus obstringuntur etiamnunc necessitate eius rei quam debuerant solvendæ. Immo ideo obligantur, quia præstatione non sunt liberati. Denique ita res habet: Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ, sive solutione liberemur, sive non liberemur. Immo tunc maxime, cum non liberamur: quia nobis non liberatis necesse est semper manere obligationem, quæ alioqui solutione iusta interveniente tollitur.

XV. Quid ergo est? Referri debet adiectio ad verbum præcipuum, quod orationem regit in hac definitione; vel potius ad totum illud complexum, quo adstringimur necessitate; ut sit hic contextus, quo adstringimur necessitate alicuius rei solvendæ, adstringimur autem ea necessitate secundum nostræ civitatis iura. Temperamentum adiectum duarum rerum explicandarum gratia: primum ut declaretur quam adstrictionem, & quibus ex caussis intelligi velit; deinde qualem & quantam hanc necessitatem, ad hanc sententiam utrumque. Obligatio est iuris vinculum, quo adstringimur necessitate alicuius rei solvendæ: sed adstringimur, non quibuslibet modis, non ut cuique visum est, non ut quis quid vi, aut turpiter promisit; sed ut sunt adstringendi caussæ secundum nostræ civitatis iura. Rursum obligatione adstringimur necessitate. Sed non quavis, verum ea [6] quæ est secundum nostræ civitatis iura. Aliam enim necessitatem præstationis habet iure gentium naturalis obligatio, aliam iure civili civilis. Atque hæc sunt iura duo civitatis nostræ. Nam populus Romanus partim communi omnium hominum iure, id est, iure gentium, partim suo proprio utitur, quod vocatur ius civile. *L. omnes, D. de iustit. & iur. §. 1. Instit. de iur. nat. gen. & civil.* Sed & civilis obligatio quæ plenam præstandæ rei necessitatem habere putatur, non tamen habet quamlibet. Duplex est enim necessitas præstationis; vel ut vi quid extorqueatur, *L. 1. D. quod met. caus.* vel ut auferatur iudicio. Nam & iudicio præstare cogimur. *L. negantes, C. de oblig. & act.* Vis omni iure interdicta, & pœna constituta adversus eos, qui quovis modo invito adversario in re sua aut sibi debita ius sibi dixerunt. Solum altera cogendi ratio secundum ius, ut quis quod sibi debetur per iudicem reposcat. *L. exstat, D. quod met. caus. d. L. negantes, C. de obligat. & act.* Quare hæc sola hoc loco relinqui intelligenda est. Definitione obligationis cognita, iam illud, puto, certo intelligitur verum esse, quod supra posui, deberi id, ad quod præstandum quis obligatus est. Obligatum autem esse eum, qui iure tanquam vinculo adstrictus est necessitate eius præstandi. Ita & debendi caussam, & necessitatem præstandi eius, quod debeatur, ex obligatione peti oportere.

6) Ioach. Hopper. *Lib. 1.* [illegible] *pag. 4. & seq.* significari his verbis civilem approbationem. Obligatio per se quidem vinculum; at eam adstrictionem pro nostro arbitratu exercere non possumus, sed iuxta præscripta legum; quæ in quibusdam caussis dant condictionem, in quibusdam retentionem & compensationem.

C A P. II.

Summa argumenti de obligationibus. Obligationum genera; & de naturali obligatione; quæ sit: quibus ex caussis oriatur, & inter quas personas: quos habeat effectus: quomodo dissolvatur.

Triplex de iure obligationis quæstio. I.
Tria quoque distiugui obligatiouum geuera; & quæ illa. Accuratior obligatiouum partitio. II.
Naturalis obligatio quid sit. Eius explicata definitio. III.
Obligatio uaturalis unde æstimauda. Eam conficit aut sola causa; aut causa simul, & contrahentis persona. IV. V.
Causa triplex. 1. *nuda pactio; & quatenus. Contraria refelluutur* VI. VII.
2. *Mauumissio liberti in officialibus operis.* VIII.
3. *Pietatis causa in dote filiæ: & quæ bic habenda distiuctio.* IX.
Beneficium nullam parit iu accipieute uaturalem obligatiouem; sed tautum grati animi officium postulat. X.
Causa simul & persoua naturalem obligationem pariuut, cum iusta licet contrahendi causa iuterveniente, impedit quominus sit plena obligatio, debitoris aut creditoris persona. XI.
Debitoris persona triplex, triplex item creditoris; & quæ utraque. XII. XIII.
Quando dies aut conditio obligationi civili adiecta civilem pleuam, aut uaturalem dumtaxat obligatiouem efficiat. XIV.
Naturalis obligatio quid contiueat; quam præstatiouem habeat; quo loco tractaverit, & amplius dicturus sit auctor. XV.
Iidem naturalis obligationis effectus, qui & civilis, si una excipiatur actio; & hi aut priucipales, aut adiectitii & per accessionem. XVI.
Principales duo; & qui. XVII.
Accessiones obligatiouis naturalis quatuor; & quæ illæ; & quam vim habeaut. XVIII.
Coustituta uaturalis obligatio solvitur communibus modis, aut propriis. XIX.
Qui communes modi; qui item proprii. XX.
Modis propriis tollitur naturalis obligatio ipso iure; secus autem civilis; & quæ differentiæ ratio. XX. XXI.

POstquam ergo in hac parte hoc quæritur, quid nobis debeatur, & hoc quod debetur, quomodo obtineri possit, utrumque autem ex iure obligationis sumendum est: restat, ut ad eam rem de obligationis iure cognoscatur. Id ut præstet obligatio, tribus in rebus positum est. Primum ut sit constituta aliqua obligatio, Tum ut norimus, quid constituta contineat, quamve necessitatem præstationis in se habeat. Postremo ne longius producamus obligationem, quam eius natura patitur, videamus finiaturne quandoque obligatio; & si finitur, quibus modis finiatur. An sit aliqua obligatio, ex suis caussis dignoscitur. Quid contineat, quamque præstationem habeat, quæstio est de potestate & effectu obligationis. Tertium ad interitum & dissolutionem eius pertinet. Ita fit in summa, ut omnis de obligatione quæstio ad id, de quo quæritur, accommodata, tribus his rebus contineatur, ortu, effectu, interitu obligationis. Qui totidem loci sunt communes incurrentes in omnem partem Iuris nostri, id est, eius quod usquam nostrum est, ut quæratur quomodo quid acquiratur nobis; quæsitum quale sit, & quomodo nobis conservetur, seu obtineatur: ad extremum quomodo tollatur, amittatur: ut aliquoties iam ante in aliis partibus monuimus auctore Ulpiano in *L. ult. D. de legib.* Hæc in obligatione non uno & eodem modo continentur, sed ita sunt, ut est genus & conditio obligationis.

II. Obligationum tria sunt genera, Naturalis, Civilis nuda, & quæ utramque continet Civilis. Aut si malumus rei magis explicandæ caussa, Civilis sine re: & Civilis cum re & effectu, ut Ulpianus loquitur de bonorum possessionibus in *fragmentis Institutionum, Tit. de bon. possess.* in fin. Naturalem & civilem obligationem ut genera diversa sæpe legimus apud nostros, & quidem eodem loco; ut *L. fideiussor. obligari*, 16. § *fideiussor, D. de fideiussor. L.* 1. *D. de novat. L. servi, D. de obl. & act.* Sed ita in his locis, ut in his civilis obligatio auctoribus

bus dicatur civilis efficax, ut ex ipsis locis patebit: ut proinde videri possint ab illis duo hæc tantum statui. Verum quod ex aliis locis constat, statuitur a veteribus & genus tertium, nempe civilis obligatio ea, quam civilem nudam & sine re vocamus: ubi obligatio iure civili contrahitur, & actionem parit, sed eam, quæ iure prætorio per exceptionem infirmetur. Hoc quidem diserte in §. *præterea, Inst. de except.* & *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Sunt ergo hæc genera tria, ut nominibus, ita vi & effectu inter se distincta. De quibus si cui divisionem subtilius, & ex legibus recte differendi artis institui placet, licet ita partiri, ut genera summa duo inter se opposita hic statuantur: quorum unum deinde in alia duo subiecta dividatur, atque ita nobis instituatur divisio. Obligationum [1] alia Imperfecta, alia Perfecta. Imperfectam voco, cui ad plenam rei solvendæ necessitatem aliquid deest; puta actio, aut efficacitas actionis. Perfectam, cui ad omnem præstationis necessitatem nihil deest: quæ proprie & absolute dicitur Civilis. Imperfecta duplex: Naturalis tantum, & Civilis nuda. Quæ cum genera sint duo inferiora, minus recte cum superiore illo æqualiter coniunguntur. Sed tamen si quis hic numerum generum, non dispositionem consideret, semper recte dicturus sit, inesse hic genera illa tria, quæ supra posui. De quibus deinceps ordine dicatur.

III. Naturalis obligatio est, æquitatis & naturæ, seu iuris gentium vinculum, quo ita adstringimur necessitate alicuius rei solvendæ, ut tamen nulla sit eo nomine actio iure civili. Æquitatis [2] vinculum vocat Papinianus in *L. Stichum*, 95 §. *naturalis*, *D. de sol.* Merito, quia est a natura, seu a iure naturali: unde & nomen. Quidquid autem ex iure naturali, id semper æquum & bonum. *L. pen. D. de iust. & iur.* Ergo & vinculum [3] iuris gentium. Quo & ipso iure dicitur debere dari, quod natura debetur, *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. iur.* Et hoc recte; quia id vere naturale ius est, quod naturali ratione inter homines constitutum apud omnes peræque gentes servatur. Id autem est, quod etiam dicitur ius gentium. *L. omnes. D. de iust. & iur.* ut appareat idem esse ius gentium, quod naturale, & quod naturale, idem & gentium. Hæc quidem isto modo pro eodem usurpantur in §. *singulorum*, *Inst. de rer. div.* item in §. 1. *Inst. eod.* iuncta *L.* 1. *D. de acq. rer. dom.* necessitas rei præstandæ ex hac obligatione satis indicatur, cum dicitur is natura debere, quem iure gentium dare oportet. *d. L. cum amplius*, §. 1. *de reg. iur.* Nam ut supra attigi, verbum *oportere* necessitatem habet, & oportet eum dare, non cui dare liberum est, sed qui dare cogitur, & qui cogitur, necesse habet dare. Ex hac tamen obligatione ita necesse est quid præstare, ut intelligitur necessitas [4] cum adiectione, seu consequentiæ, ut vulgo vocant, si velit quis æquitati satisfacere, quod virum bonum decet, nec turpitudinem contrarii facti in se suscipere. Hactenus enim hæc necessitas, ut si quis quod natura debet, nolit præstare, nulla sit eo nomine actio iure civili, qua cogatur. Quæ pars altera est definitionis. Ex hinc scilicet naturalis tantum dicta, quia

1) Eodem sensu Vult. *in pr. l. h. t. n.* 26. & in §. 1. *n.* 4. aliam simplicem facit, aliam mistam. Cuiac. 6. *ad Afric. in L. frater a fratre* duo genera ponit, Naturalem & civilem. Bodin. *distrib. iur. univ. pag.* 36. qui triplicem facit: Naturalem tantum iurisgentium, & non naturalem: Naturalem & iurisgentium; Civilem tantum. Incommode.

2) Hæc ut simplicissima ita verissima videtur descriptio. Recteque mihi sentire semper visi sunt qui fondum huius obligationis, solam æquitatem esse prodidere; & cum quæritur an naturalis sit obligatio, nihil aliud spectandum quam naturalem æquitatem, an æquum sit præstari, Duar. *de O. & A. C.* 2. *d. Cond. ind.* C. 6. *f.* 908. *Char.* 1. *verisi.* 19. *per d. L.* 95. §. 4. *& L.* 11. §. 2. *de pec.* Æquitas vero illa non tantum in fidei contractibus servanda, sed & alterius præstationis; Ut ex caussa pietatis, beneficii accepti, &c. Contra nec conventio omnis parit obligationem naturalem, (in quo graviter volgo DD. labuntur ex consensu fere hanc obligationem metientes Vasq. 1. *ill. Contr.* 19. *n.* 19.) sed si æquitate non deficiatur, vid. *N.* 7 Æquitatem autem naturalem requiro, non simplicem instinctum naturæ. Unde licet bruta sobolem suam alant, foveant, educent, licet feræ etiam bestiæ beneficiorum memores probentur, nec tamen illis obligationem naturalem, cum Zas. *ad L.* 3 *de i. & i n.* 30. Barone *ad L.* 1. *d. t. & ad L.* 7. § 4. *de pact.* tribuendam censeo. Cumque una sit ac simplex æquitas naturalis, unicam quoque naturalem obligationem statuo. Nec vel Bodino assentior qui triplicem facit, ut vid. *N.* 1. vel iis qui duplicem, aliam iuris gentium primævi, aliam secundarii, ut Dec & Cagnol. *in L.* 22. *de R. I.* quos refellit Vasq. *d. loc.* Nec cum Cuiac. *ad L.* 32. *de R. I.* distinguo inter obligationem naturalem quæ & servis conveniat & iuris gentium quæ non æque. Nec cum Zasio *d. loc.* inter eam quæ in puris naturalibus maneat, ac ex simplici naturæ instinctu proficiscatur ac communis etiam bestiis: & aliam adstrictiorem quæ plus vinculi habeat ad civilia, uti quæ ex nudis pactis oritur. Nec cum Coras. 6. *Misc.* 22. *n.* 4. & A. Fab. 8. *Coni.* 5. inter naturalem; qua factum ipsum solum, & promissionis seu numerationis veritas spectetur, & iuris naturalis. Nec cum aliis aliter divido aut distinguo.

3) P. Fab. *ad d. L.* 84. nullam esse naturalem obligationem quæ non sit iuris gentium, & e contrario. Vacon. 1 *Declar.* 17. vult obligationem naturalem esse iuris naturalis hominum (quod alii ius gentium primævum) quia est, ut ait, vinculum æquitatis, quo a natura homo ad proprium obiectum, finemque perducitur; & bonum quoddam, ad quod observandum sponte sua voluntas impellitur. Dicitur & alio sensu mutua obligatio naturalis *L.* 126. §. 2. *de V. O. L.* 59. *ad Treb.* quæ naturali seu reali traditione ac facto contrahitur. Gifan. *ad L.* 14. *de O. & A. n.* 19.

4) Imo absoluta & vera necessitas, sed secundum materiam subiectam, Vult *in pr. l. h. t. n.* 25. non quidem violenta, nec etiam civilis, sed naturalis ipsius iuris naturæ & æquitatis hominum animis inditæ & cordibus inscriptæ. Rom. 2. v. 15.

quia non est civilis. Hoc in *L. 5 naturales, D. de obl. & act. d. L. fideiussor. 16. §. fideiussor. D. de fideiuss.* Neque tamen hæc obligatio inanis, aut otiosa. Habet enim & ipsa ad rem debitam obtinendam suos quosdam effectus multos & insignes: quos suo ordine mox subiiciemus. Prius nobis ipsa obligatio constituatur. Sic deinde de vi & potestate constituta cognoscamus.

IV. Ubi sit hæc obligatio, atque hoc vinculum naturæ, ex caussa & origine æstimandum est. Etsi enim ex effectis etiam agnoscitur, atque adeo indicatur nonnullis locis a veteribus, ut cum dicitur naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua earum nomine competit, sed etiam si soluta pecunia repeti non potest. *d. L. naturales, D. de obl. & act. d. L. fideiussor, §. fideiussor, de fideius.* Tamen hoc tum recte fit, cum iam constat constitutam esse obligationem. De constituenda autem hac obligatione, & an aliqua constituta sit huiusmodi, quærentibus, non potest de eo responderi ex effectis nisi præpostere. Prius enim obligationem esse oportet. Sic deinde quæri, quem effectum habeat, ne ante de conditione & iure rei quæratur, quam rem esse constiterit. Porro ut sit hæc obligatio [6] caussis efficitur, non obligationis effectu.

V. Obligationem naturalem aut caussa sola facit, aut caussa simul & contrahentis persona: tempus civili obligationi in re contrahenda legandave adiectum, nequaquam. Caussa, cum ea caussa est, quæ in quascumque personas inciderit, iure civili actionem non parit; parit tamen obligationem. Huius generis caussæ tres; nuda pactio, manumissio liberti in operis, officialibus, pietatis caussa in dote.

VI. Nuda pactio quid sit, dicetur postea suo loco in contractibus. Nunc quod ad hunc locum satis sit, hoc dicimus, nudam pactionem non parere obligationem. Sic enim scriptum est in *L. iuris gentium, §. sed cum nulla, D. de pact.* sed hoc sensu, ut non pariat eam, quæ proprie ita dicitur: eam scilicet, quæ iure actionem parit. Cæterum eius pactionis hanc vim esse, ut pariat obligationem naturalem. De quo quia nonnulli dubitant, & hi quidem viri doctissimi, atque adeo aperte contra sentiunt, demus operam, ut prius id nobis confirmetur. Ac tum de obiectione superioris loci, quem illi urgent, postea viderimus. Ita est, inquam. Parit nuda pactio obligationem naturalem, & hoc est: quisquis pacto nudo [7] promisit quid alicui se præstaturum; is natura debet, & ei cui pactus est, iure gentium obligatur, etsi non item iure civili. Exemplo sunt usuræ. Hæ citra stipulationem quanvis pacto promissæ, iure civili non debentur. *L. 3. C. de usur.* Qua ratione in *L. 5. §. Imperator, D. de sol* & quæ pacto promissæ sunt, dicuntur indebitæ. Ibidem tamen dicuntur hæ ipsæ ex pacto natu-

5) Immo dictæ leges contrarium probant. Dicuntur enim naturales obligationes æstimari, si actio competit. Resp. Vacon. 1. *Decl.* 21. *n.* 17. *& seqq.* sie distinguit; aut quæritur, utrum eo tempore, quo vivebatur solo iure naturæ, nec erat adhuc ius gentium, actio iudicialis data, & negatoria responsio est, quia nec magistratus erant nec iudices. Aut an invento iure gentium ac conditis civitatibus competat exinde actio, atque id affirmatur per *d. L.* 10. *de O. & A. & L.* 84. §. 1. *de R. I. v. oportet.* Opinio erronea, ac tum a mente Iurisconsultorum qui ad tempus illud non respexerunt, tum a iuris ratione & vero, quia sie naturalis obligatio æquiparatur civili, aliena. Quidam volunt *dd. locis.* obligationem naturalem duplicem innui. Civilem ex qua actio, & puram ex qua retentio, (quomodo fere Bocer. *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *n.* 5.) Quod displicet Hotom. 3. *Obs.* 2. quia abhorreat a Latina Ulpiani ratione, & a bipartita distributione *d. L.* 16. §. 3. *de fidei.* Quare Hotom. negatione adiecta legit, *non competit* & Goth. in not. *d. L.* 10. voculam *solo* transponit & locat post vocem *verum,* deleta vocula *etiam.* Sed uterque sententiam pervertit. Quæ ex Hotomanni emendatione inconcinna ac dubio carens, ex Gothofredi vero falsa, cum solum & unicum effectum obligatio naturalis faciat, soluti retentionem. Probabilius Val. Guil. Forst. *Tr. de Pact. C.* 8. *pag.* 205. *& seq.* duas notas discernendarum obligationum naturalium a civilibus tradi, in *d. L.* 10. *& d. L.* 16. §. 4. (1) Si competit actio, quod tum sint civiles. (2) Si soluti retentio, quod tum sint naturales. Quia tamen non apprime convenit vocula *verum,* malo cum Gifan. *ib. n.* 3. priorem notam accipere de certis casibus quibus ex obligatione naturali actio, ut quando pupillus locupletior effectus, &c. vid. infra *N.* 15.

6) Caussas seu modos inducendæ obligationis naturalis, sic mihi aliquando visum est comprehendere. Oritur naturalis obligatio vel ex conventione, vel citra eam. Ex conventione, quoties ei non omnimodo Lex assistit ut civilem obligationem pariat. Et vel ex defectu caussæ seu negocii in pactis nudis, vel ex qualitate, seu impedimento personæ. Quod aut ab ætate est, ubi consensus imperfectior in pupillo infante maiore; aut a potestate, eaque dominica, quæ facit ne servi unquam civiliter obligentur vel obligent; vel patria, ubi fictio unionis impedit obligationem civilem inter patrem & filium fratresque in eiusdem sacris, non autem impedit inter filiumfamiliam & extraneum, excepta caussa mutui. Extra conventionem oritur vel ex facto aliquo præcedente, quo tamen non omnino id agitur ut pro eo aliquid certum præstetur. Cuiusmodi est beneficii acceptio, eiusque species Manumissio; vel citra illud ex Pietate, ut obligatio ad alimenta & dotem.

7) Duar. *de Cond. ind. C.* 6. *& de O. & A. C.* 2. per verba *L.* 84. §. 1. *de R. I.* cuius fidem secuti sumus. Cuiac. *ad L.* 1. *de pact.* Bocer. *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *n.* 5. Forst. *de pact. C.* 8. *pag.* 208 *& seqq.* Quod tamen intellige de pacto iusto. Lopez. *anim. C.* 8. *n.* 11. Recte namque Char. 1. *veris.* 19. Naturalis ratio omnem etiam temere effutitam conventionem non probat, sed ad æquitatis normam exigit. Certe ex quavis levi & indeliberata promissione quemvis obstringi nec natura æquum videtur. Quid enim si quis ex civilitate dicat: sum tibi ad obsequia paratus. Omnia quæ habeo tua sunt. Vid. Vasq. 1. *Ill.* 10. *n.* 20. Quanquam hic forte dici possit nec conventionem veram adesse, etsi alter accipiat, cum sola verba non obligent, sed mens illis expressa. Sane cum iniusto pacto non tollatur obligatio naturalis *L.* 95. §. 4. *de sol.* nec eodem constituitur, per *L.* 35. *de R. I.* Cæterum huc refert Ieren. Setser. *Lib.* 2. *de Iuram. C.* 1. *n.* 2. iuramentum, scribens ex illo quoque obligationem naturalem oriri, quia vim pacti habeat *L.* 35. §. 1. *L. ui. de iureiur.* Sed verius est si iuramentum sit iudiciale vel voluntarium, consensum utriusque partis de re controversa habens, nasci obligationem civilem. Sin promissorium per se non parit obligationem, sed pactio illa cui firmandæ adiicitur.

naturaliter deberi. Et ne dubitemus naturalem obligationem illic intelligi cum effectu, & qualem nunc dicimus; adiicitur in extremo, ex pacti conventione datus repeti non posse. Quod certum indicium est naturalis obligationis. *d. L. naturales, de obl. & act.* Nec minus certum est huius sententiæ argumentum in his ipsis usuris pacto promissis, quod placuit etiam in eam caussam pignus obligari posse. *L. per retentionem, L. pignorib. C. de usur.* Constat enim pignus accedere non posse nisi obligationi; si non civili, at certe naturali. *L. 5. D. de pign.* Fatemur in hoc pacto usurarum non inesse obligationem civilem. Ex quo relinquitur, ut sit naturalis. Hoc si in usuris re alioqui odiosa placet: multo magis in rebus cæteris omnibus pacto promissis, recipiendum est.

VII. Dissentiunt tamen [8] Eguinarius Baro, & Franciscus Connanus moti illis verbis Ulpiani, quæ supra retulimus ex *L. iurisgentium, §. sed cum nulla, D. de pact.* Igitur nuda pactio, inquit, obligationem non parit, sed parit exceptionem. Obligationem dixit generaliter. Quo probari volunt [9] omnem obligationis speciem appellatione eius generis contineri, quæ species superioribus verbis excludatur. *arg. in L. si servitus, D. de serv. urb. præd.* proinde & obligationem naturalem. Sed si obligationem intellexit Ulpianus, quæ vere & proprie obligatio est, idest, eam, quæ actionem parit, an dubitabimus nihil id ad naturalem obligationem pertinere, quæ non proprie obligatio est, sed tantum ita dicitur per abusionem. *L. fideiussor, 16. §. fideiussor, D. de fideiussor.* Atqui de vera obligatione, & ea quæ actionem parit, sensit Ulpianus. Præcedentia declarant, in quibus de iis conventionibus egerat, quæ pariunt actiones. Quibus cum dissimilem faciat nudam pactionem, nempe in actione, de qua disserebat, dissimilem facere intelligitur, ut neget scilicet nudam pactionem parere obligationem, qualem supra dixit, idest, eam, unde nascatur actio. Quid, si idem superioribus illis verbis etiam naturalem obligationem in pactione nuda nominatim admittit? Et vero admittit, ut iam non locus vel in speciem nos oppugnet, sed maxime etiam pro nobis faciat. Non enim solum dicit Ulpianus nudam pactionem obligationem non parere; sed addit eam parere exceptionem. Sit ergo nuda pactio in eo, ut quid alteri detur, aut fiat (nam de omni pactione nuda loquitur.) Illo auctore hæc pactio exceptionem pariet. Quod nihil aliud est, quam si ex ea caussa solutus sit ei, cui ex pacto dari debuit, habere eum exceptionem pacti, vel doli mali, qua inhibeat soluti repetitionem quanvis per errorem soluti. Quod si ita est suberat pactioni obligatio naturalis. Hæc enim est, quæ indebiti per errorem soluti repetitionem impedit. *L. naturales, D. de obl. & act. L. si pœnæ,* in pr. *D. de cond. ind.*

VIII. Ex manumissionis caussa libertus patrono operas officiales natura debet. *L. si non fortem, §. libertus, D. de cond. ind.* Non debet iure civili. Nullæ enim operæ nisi promissæ a liberto, peti possunt, *L. operis, L. qui libertus,* in pr. *D. de op. lib.* Placet tamen ut dixi, deberi pro officio manumissionis. Quo fit, ut sublata civili obligatione, relinquatur hic sola naturalis. Æquitas obligationis ex [10] beneficii magnitudine. Nam libertas inæstimabilis res est. *L. libertas, D. de reg. iur.* Quo nomine existimatur libertus quidvis debere patrono, dum tamen præstetur ut patrono. Quo in numero sunt operæ officiales, non artificiales seu fabriles. De quibus generibus supra diximus suo loco *Lib. 2. Cap. 18.* Et hoc est, cur in *d. L. si non fortem, §. libertus, de cond. ind.* significetur, non quasvis operas natura patrono deberi, sed tantum officiales, non fabriles: dum declaratur, illis patrono solutis, nihil eo nomine

8) Connan. 5. *comm.* 1. Baro *in L. 1. §. 2. de V. O.* in verbis, *nec naturaliter obligatur* per ea verba, & ad *princ.* 1. *Quib. mod. re Contr.* & ad *L. 7. §. 4. de pact.* ubi tamen admittit obligationem naturalem descendentem ex iure naturali, quod semper bonum ac æquum, oriri ex pacto, sed eam iure gentium effectum non habere ad soluti retentionem, nec compensationem parere. *& Lib. 3. de divid. & individ. Obl. C.* 11. quia in legibus quæ de obligatione naturali, nusquam pacti nudi mentio fit, sed exemplum adducatur servi deportati, pupilli, &c. His nove accessit Gifan. *ad L. 14. de O. & A. n.* 20. argumentis his & maxime infirmis. (1) Quia nulla lege id probetur, (quod falsum.) (2) Ut nudo consensu obligatio oriatur in certis negociis, receptum *L. 1. de Rer. permut.* (Sed loquitur de obligatione civili.) (3) Quia ad obligationem naturalem requiratur caussa civilis, per *L. 49. §. ult. de peeul.* (cuius longe alius sensus, vid. Goth. ibid.) (4) Quia in Tit. D. & C. *de pactis* inter effectus pactorum hæc non recensetur, quæ tamen esset præcipuus effectus & maior quam exceptio. (Ad quod parata est Resp. ea iis quæ hic noster.)

9) *Ita & A. Fab. in rational. ad d. §. 4.* Forst. *de pact. C. 8. pag.* 216. Dissentit etiam Charond 1. *verisim.* 19. putans verba illa *d. §. 4.* excludere omnem obligationem. Si quam obligationem naturalem ea pacto nudo æquitas producit, illam non ex ipso pacto, sed ex æquitate nasci. Quæ non placent. Æquitas quidem sola sustentat obligationem naturalem, vid. supra *N.* 2. plures tamen iique diversi eius inducendæ modi, inter quos & pactum. Sic obligatio civilis est vinculum iuris, & iure ac legibus roboratur: recte tamen ex contractibus oriri dicitur. Quod si Charondæ opinio vera; pari ratione dicendum foret: Si obligationem civilem ex contractu leges producant, illam non ex contractu, sed ex iure seu legibus oriri.

10) Species igitur hæc beneficii accepti, ut vel hinc constet vere naturalem obligationem vocari, quæ ex beneficio. Vid. *Not.* 14.

mine condici poſſe: his ſolutis, condici poſſe æſtimationem.

IX. Pietatis cauſſa obligationem naturalem habet in parentibus, qua illi obſtringuntur ad dotem filiæ dandam. Hi ſi filiam habent in poteſtate, coguntur lege Iulia per præſides provinciarum eam in matrimonium collocare & dotare. *L. capite*, 19. *D. de ritu nupt.* Quæ non naturalis tantum obligatio eſt, ſed civilis. Quod ſi in poteſtate non habent, ut ſi filia ſit emancipata, aut ſi ſit mater a qua dos poſtulatur: ad eos quidem lex ſuperior non pertinet: ut hic nulla ſit adverſus eos eo nomine actio. Sed nihilominus [11] pietatis iure dotem filiæ debere exiſtimantur. Proinde [12] natura, ſeu iure gentium; a quo pietas & caritas. *L.* 2. *L.* 3. *D. de iuſt. & iur.* Hinc natura debitum: hinc naturalis obligatio. Id ſignificat Iulianus in *L. cum is*, *§. penult. D. de cond. indeb.* cum ita ſcribit, *ſi mulier in ea opinione ſit, ut credat ſe pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit.* Et addit: *ſublata enim falſa opinione, relinquitur pietatis cauſſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt.* Etſi igitur initio de muliere generaliter loquitur: tamen ratio ſubiecta declarat ſentire eum de muliere, in quam [13] cadit pietas, quod eſt proprium parentum erga liberos in dote danda. De matre ergo loquitur, quæ ſe credat obligatam pro dote; intellige filiæ ſuæ, erga quam ſit illa caritas, quam nominat. Cum autem hanc mulierem negat repetere, quidquid dotis nomine dederit etiam per errorem exiſtimans ſe obligatam: ſatis indicat illam obligationem naturalem, quam hic ad dotem dandam ſubeſſe diximus. Solutum enim repetere non poſſe, unum eſt & præcipuum ex iis effectis, quæ ſunt propria naturalis obligationis, & quod ad hanc obligationem indicandam a veteribus uſurpari ſolet. *d. L. naturales, de oblig. & act. d. L. fideiuſſor, §. fideiuſſor, de fideiuſſ.*

X. Quæſitum eſt, utrum in hoc numero haberi debeat, beneficii accepti cauſſa; id eſt, an qui beneficium accepit, obligetur danti naturaliter ad id reddendum, ſitque ea obligatio naturalis, quam nunc quærimus, quæ ſcilicet admittat effectus eos, qui poſtea ſequentur. Et hoc quidem prima fronte quibuſdam locis traditum videtur. Nam in *L. ſed etſi*, 25. *§. conſuluit*, *D. de her. pet.* diſerte ſcriptum eſt, eos qui donaverint, accipientem ad remunerandum ſibi naturaliter obligaſſe. Scriptum præterea in *L. ſi pignore*, 54. *§.* 1. *D. de furt.* eum qui quid largiatur, quanvis ex alieno, beneficii debitorem ſibi acquirere. Si debitor beneficii, qui beneficium accepit, neceſſe eſt civiliter debeat, aut naturaliter. Civiliter eum non obligari inter omnes convenit. Relinquitur igitur, ut debeat & obligetur naturaliter: quomodo nunc obligationem naturalem accipimus. Sed verius eſt, quod & vulgo probatur, nullam hic naſci naturalem obligationem, qualem nunc dicimus, id eſt eam, quæ civiles effectus ullos habeat ex his, quos ſubiicimus. Non valere puta ad indebiti ſoluti retentionem, ſi quid is, qui donatum accepit, putaverit aliquid viciſſim pro eo promiſſum eſſe, & ſolverit per errorem facti. Non valere item ad compenſationem eius ſummæ, quam donator donatario debeat. Denique ſi generaliter & aperte dicendum eſt, nulla hic ſimpliciter & abſolute obligatio naſcitur, ne naturalis quidem. Quod multa confirmant. Primum uſus loquendi omnium etiam iuris auctorum: quibus qui beneficio aut munere accepto beneficium reddit, dicitur remunerari, & dare ἀντιδοῦναι *d. L. ſed etſi*, *§. conſuluit*. *L. ſi remunerandi*. 6. *L. ſi vero*. 12. in princ. *D. mand.* Eſt autem remunerari mutuo donum dare, quo donum dono penſetur. Nam munus donum eſt. *L. inter. L. munus. D. de verb. ſignif.* Quod multo apertius exprimit verbum Græcum ἀντιδοῦναι. & ἀντιδωρεῖσθαι. Donat igitur, qui remuneratur, & beneficium reddit. Quod ſi ita eſt, iiſdem auctoribus nihil utique ante eo nomine debuit ne natura quidem, qui beneficium acceperat. Intelligitur enim donari id quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari*, 29. *D. de don. L. donari. D. de reg. iur.* Nullo iure, id eſt, neque civili, neque naturali. Unde quod natura debitum datur, non donari, ſed ſolvi dicitur, atque adeo aperte negatur donari in *L. hoc iure*. 19. *§. pen. D. de don.* Sed huius rei argumenta certiora ex conditione obligationis, cum a re debita, tum a propoſito dantis. A re hoc modo. Ut nulla ſine re, quæ debeatur, obligatio eſſe poteſt: ita & rem in obligationem deductam ita certam

11) Immo quævis obligatio parentum ad dotandam filiam, item ad alendos liberos naturalis eſt, non civilis, vid. infra ad huius *Lib. Cap.* 4. *Not.* 2.

12) De quo vid. P. Fab. 2. *Semeſt.* 1. *pag.* 6. & 7. & 3. *Semeſt.* 13.

13) Ita & Hotom. 3. *Obſ.* 2. recte animadvertiſſe Bartolum Iuriſconſultum de ea muliere loqui, in qua pietatis nomen locum habeat, matre videlicet vel avia. Aliud enim eſt in extranea *L.* 9. *§.* 1. *de cond. ca. da.*

tam esse oportet, ut si plane incertum sit, quid quantumve debeatur, nulla sit etiam tum obligatio. *L. triticum*. 94. *L. ita stipulatus*, 115. In pr. *D. de verb. obl.* At qui beneficium aut donum accepit, ut maxime quis fateatur eum obligari ad remunerandum: nullam tamen ad rem certam reddendam obligatur; sed ut reddat vel idem, vel operam, vel animum saltem gratum, quem verbis aut officiis declaret. Qui quidem animus plerunque donanti, alioqui forte diviti, aut potenti, quavis remuneratione gratior est. Nulla igitur hic obligatio neque ad exigendum, neque ad retinendum quidquam, quod a donatario per errorem solutum sit: ubi dici non possit hæc aut illa res debita fuisse, quæ aut exigeretur, aut tanquam debita soluta retineretur. A proposito dantis etiam hoc argumentum certius. Nunquam ullius rei datio obligat eum, qui accipit, ubi non id [14] agitur dando, ut obligetur. *L. non omnis*. *D. de reb. credit.* At qui donat, non est hoc animo, ut accipientem sibi obliget, aut ut quidquam sibi eo nomine reddatur, præter animum gratum: sed contra ne quid reddatur, cum sit hoc animo, ut liberalitatem & munificentiam exerceat. *L.* 1. *D. de don.* Quare non obligatur donatione, qui accipit. De iure civili non ambigitur. Sed loquor etiam de iure naturali. Cuius æquitas hæc est in iis, quæ consensu geruntur inter aliquos, ut conventio servetur: id est, ut si convenerit, ut quis quid præstaret, eo nomine obligetur, seu id præstare debeat: rursum si hæc sit conventio, ne quid cogatur præstare, ne obligetur. *L.* 1. in princ. *D. de pact.* Neque vero adversantur huic sententiæ superiores loci licet in speciem contrarii. Qui beneficium & donum accepit, obligatur, inquit Ulpianus naturaliter. *d. §. consuluit*, sed addit *ad remunerandum*. Vel ipsum remunerationis verbum ostendit non obligari cum simpliciter

14) Consentit nostro Duarenus *de O. & A. Cap.* 2. quia omnis obligatio naturalis saltem quoad propositum & voluntatem contrahentium necessariam præstationem habeat, & de *Cond. ind. Cap.* 6. Non est hoc, inquit, simile pacto convento. Turpe est prudenti petere *ἀντίδωρα*. Sed pacto promissum, non inhonestum est exigere ac de fide rupta conqueri. Balduin. *ad. pr. I. de auct. tut. n.* 12. hanc obligationem non iure gentium niti, sed tantum ex naturali honestate proficisci, ac plane inefficacem esse sive ad retinendum sive ad petendum. P. Fab *ad L.* 84 *de R. I* Connan. 1. *Comm.* 6. *n.* 13. accipit *d. L.* 25. §. 11. de prima naturæ lege, quæ ad honestatem pertinet, non quæ necessitatem habet iuris gentium. Eandem de simplici naturæ instinctu intelligit Zas. *ad L.* 3. *de I. & I. n.* 30. & Alex Picen. *in Rub. I. de Obl.* de Philosophica potius, quam legitima Gisan *ad L.* 11. *de O. & A. n.* 11. quia nulla iure gentium ingrati actio, alioqui, ut Seneca 3. *de benef.* 6. nulla fora sufficerent De ea quæ ea honestate ac debito morali oriatur Menoc. *Li.* 1. *præsumpt.* Q. 80. *n.* 20. de brutis communi Zas. *d. lo.* Baro *ad L.* 1. *de I. & I.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. donatione largitus n.* 67. de impropria Vasq. 1. *Ill. Controv.* 9. *n.* 3. Verum quicquid hi velint sicuti supra *Not.* 2. unam esse obligationem naturalem, quam ea æquitatis regulis metiamur, firmavi, ita & hic verum æquitatis vinculum oriri puto, & obligationem iuris gentium. Covar. *in C. cum esses* 7. *extra de testam. n.* 28. *& seqq.* P. Fab. 2. Semestr. 1. *pag.* 6. Sc. Gent. 1. *Parerg.* 2. A. Fab. 41. *Err. prag.* 6. Unde hoc genus permutationis vocatur, *d. L.* 25. §. 11. Ac remuneratio merces quædam & pretium officii *L.* 34 §. *ult. de donat.* ideoque nec mera donatio *L* 27. *de donat. L.* 12. *pr. Mand. & per. L.* 19. §. *pen. de donat.* Cuiac *ad L. donari* 82. *de R. I.* Quisque igitur, beneficio quocunque (sive in largitione pecuniæ, sive in facto & officii præstatione, ac gratificandi studio; vid. Arist. 4. *Eth.* Senec. 2. *de benef.* 9 consistat, ut si quis absentis negocia ea bona fide & utiliter gessit, si eius defensionem suscepit, &c.) affectus ad gratitudinem benefacienti obstrictus est. Quæ tamen obligatio non eo tendit ut æquivalentem semper remunerationem donatarius vel beneficio affectus rependat. Turpe namque & dignæ liberalitati contrarium pro beneficio pretium exigere, ut recte Duar. *dd. loc s* & Goed. *ad L.* 12. *pr. de U. S. n.* 14. Nec convenit beneficia in Calendario, sive libro rationum, inscribi. Pessima certe legibusque exosa & invisa illa captatio. Quæ & caussa captatoriæ institutionis ac legati reprobandi; vid. supra *Lib* 6. *C.* 19. Sed grato sæpe animo contenta est. In eoque conditio personarum, & a quo, & in quem collata sint merita, spectanda, omneque istud ex re æstimandum. Unde si egenum vir dives & munificus muneratus sit, Ius naturale in animo grato, officiis & obsequiis testato, contentum erit. Omninoque tenendum hic illud Cic. *pro Cn. Plancio*, dissimilem esse debitionem gratiæ ac pecuniæ. Quod si bene factum sit alicui, qui rependere possit ei illud *eiusd.* 1. *offic.* tenendum. Imitari nos debere agros fertiles, qui multo plus afferunt quam acceperunt. Et Servii ad illud

Virg. 1. Æn.

. . . . *Ac memor illo*
Matris Acidaliæ. . . . . . .

Maiores nostros scienter tres gratias depinxisse, ut una aversa, duæ nos respicerent, sic docentes profectam a nobis gratiam duplicem reverti debere, id est, remunerationem non ad calculos acceptorum & expensorum revocandam, sed cumulatiorem mensura rependendam; ceu refert Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. donat largitus n.* 85. Quæ qui non considerat, multoque magis si bene facta male factis compenset, eum non tantum contra communes naturæ instinctus, qui ei qui bene fecit, bene velle iubent; sed & contra ipsum ius ac æquitatem naturalem delinquere statuo. Qui autem effectus huius obligationis & quæ inde præstandi necessitas; *vid. not. seq* Quibus ita positis non obsistunt rationes Donelli nostri. Ad 1. Resp. Regula *d. L.* 29. loquitur de donatione simplici, quæ fit ob nullam caussam, nisi munificentiæ exercendæ *L.* 1. *pr. de don.* Hæc autem non est talis nec proprie donatio, ut supra. Ac licet remuneratio significet mutuam donationem, tamen ipsa vox *mutua* arguit donationem hanc caussam habere, ideoque, nec proprie sic vocari. Quin etsi donatio vocaretur sæpius, ut vocatur in *L.* 34. §. *ult. de don.* nihil hoc obstaret. Quia & mortis caussa donatio, quæ ubique ita appellatur proprie non est *d. L.* 1. *pr.* Ad 2. Resp. dictæ leges loquuntur de obligatione civili, quam tamen non omnis incertitudo vitiat, vid. *infra Li.* 15. *C.* 1. Deinde licet hic in thesi & generatim difficilis sit definitio, quid ea beneficio debeatur, arg. *L.* 32. *pr. de usur.* in hypothesi tamen hoc, secundum qualitates & circumstantias, certum semper saltem natura. Quæ certitudo sufficiet. Quod si hic incerta res debita; magis quoque, certe non minus, incerta erit in specie *L.* 32. § *pen. de Cond. ind.* in qua naturalem obligationem noster agnoscit, *ut h. Cap. n.* 9. Ad 3. Resp. *d. L.* 19. loquitur de obligatione civili & quæ ex contractu, nec extra caussas conventionum trahenda. Nam nec manumittentis hoc propositum ut operæ non promissæ præstentur. Nec in obligatione dotis ac alimentorum, huiusmodi actus, tale propositum eius cui obligatio quæsita est continens, reperitur,

citer, sed sub conditione, si quid præstare volet. Quoniam, ut dixi, remunerari est donare. Non donat autem, nisi qui pro arbitrio suo dat, ut si nolit quidquam dare, nulla sit obligatio etiam naturalis. Sub hac autem conditione, si volam, nulla omnino contrahitur obligatio: cum pro non dicto sit, quod dare, nisi velim, ex conventione cogi non possim. *L. sub hac. D. de obl. & act.* Non moveor, quod ibidem dicitur, qui beneficium accepit, utcumque obligetur ad remunerandum, tamen naturaliter ad id ipsum obligari. Nam remunerationis verbo ita postulante, *naturaliter* illic accipere non debemus naturali ratione, ex qua est obligatio naturalis, quam quærimus, veluti ex pacto: *d. L.* 1. in princ. *de pact.* sed naturaliter, ut sit, sensu & affectu omnibus hominibus naturaliter, seu a natura insito, ut qui beneficium acceperunt, bene affecti sint erga eos, qui dederunt, & primo motu ita animati, ut cupiant beneficium rependere. Unde omnes, nisi si qui sint plane duri & inciviles, beneficio accepto agunt gratias, & se gratos futuros pollicentur. Naturaliter eodem sensu, quo alibi dicitur ab eodem Ulpiano naturalis hominum facilitas ad dissentiendum, *L. item si unus*, 17. §. *principaliter*, *D. de recept.* Idem respondemus de eo, quod dicitur, eum qui beneficium accepit, beneficii debitorem esse. *d. L. si pignore*, §. 1. *de furt.* Debitor hic est; verum non simpliciter, sed beneficii debitor. Hoc autem nihil aliud declarat, quam eum ita debitorem esse, ut sunt ii, qui beneficium acceperunt, id est, ad remunerandum. Iam autem dixi in hoc verbo inesse conditionem, ut reddat si velit; si nolit, nullo iure cogatur.

XI. Caussa simul & persona obligationem naturalem facit, cum inter aliquos obligatio contracta est ex iis caussis, ex quibus alioqui inter capaces actio iure civili nascitur, sed in ea caussa de qua agitur, unius ex reis persona impedit, quominus nascatur. Quibus ex caussis nascatur actio, dicetur postea in civili obligatione plena. Ex his caussis nascitur etiam simul naturalis obligatio. Quo fit, ut si qua in caussa ex his eveniat, ne nascatur actio, seu obligatio civilis, hac sublata saltem relinquatur obligatio naturalis, quam nunc quærimus. Ne autem nascatur actio, facit sæpe unius ex reis persona: alias debitoris, cum non est is, cum quo agi possit: alias creditoris, cum is non est, qui possit agere.

XII. Debitores, cum quibus nulla sit actio, quanvis ex legitima & civili caussa rem gerentibus, tres sunt; servus, pupillus, filiusfamilias in pecunia credita. Servi ex contractibus non obligantur civiliter; utpote iure civili pro nullis habiti. *L. quod attinet*, *D. de reg. iur.* Sed naturaliter & obligantur promittentes, & obligant eos, qui promiserint. *L. servi*, *D. de oblig. & act.* Quandoquidem iure naturali omnes homines æquales sunt. *d. L. quod attinet*, *de regulis iur.* Pupillus iure civili sine tutoris auctoritate non obligatur. *L. obligari*, *D. de auct. tutor.* Idem si intelligens quod agitur contraxerit, obligatur naturaliter. *L. si pupillus*, 127. *D. de verbor. oblig. L.* 1. in fin. *D. de novat.* Negatur hoc quidem in *L. quod pupillus*, *D. de cond. indeb. L. pupillus*, *D. de oblig. & act.* quibus in locis diserte scriptum est, pupillum nec natura debere, nec naturali iure obligari. Sed de eo dicetur postea in personis eorum, qui iure civili obligari non possunt. Filiusfamilias mutua pecunia accepta, iure civili non obligatur, proposita senatusconsulto Macedoniano adversus eius pecuniæ actionem perpetua exceptione. *L.* 1. *L. sed si paterfamilias*, 9. §. *ultimo*, *D. de Senat. Macedon. L. qui exceptionem*, 40. *D. de cond. indeb.* Nec quidquam interest, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Natura tamen obligatur filiusfamilias ex ea caussa. Nec obstat exceptio: quoniam sic illa per occasionem personæ filiifamilias inducta est, ut non tam ideo inducta sit, quo ille exoneraretur, quam ut hac pœna afficeretur, qui pecuniam credidit. *d. L. sed si paterfamilias*, in fin. & *L. seq. de Macedon. L. si pœnæ*, 19. in princip. *d. L. qui exceptionem*, *D. de cond. indeb.*

XIII. Ut ex persona creditoris non sit actio, dum is agere non potest, toties accidit, quoties res agitur inter eos, inter quos non potest iure civili nasci actio. Non potest autem nasci ex ulla caussa inter dominum & servum. §. *hi qui. Inst. de oblig. quæ ex delict.* Et ideo si quid dominus promittat servo, est hæc quidem caussa, ex qua obligatio nascitur inter alios: & persona domini ea, quæ obligari possit aliis. In hac tamen caussa non obligatur civiliter servo; non propter se, sed propter creditorem servum, qui adversus dominum habere actionem non potuit; utpote nullus iure civili. *d. L. quod attinet*, *D. de reg. iur.* Sed nihilominus

obli-

obligatur dominus servo naturaliter; cum, ut dixi, iure naturali omnes homines æquales sint. *L. si quod dominus*, 64. *D. de cond. ind. d. L. quod attinet*, *de reg. iur.* Ita fit, ut remota civili obligatione in hac specie, superfit sola naturalis. Similiter & inter patrem & filium, qui in patris potestate est, non nascitur actio: sed in iis bonis, quæ patri acquiruntur, non etiam quæ filio. *d. §. hi qui*, *Inst. de obl. quæ ex del. L. lis nulla*, *D. de iud.* Verumtamen si quid inter se contraxerint, actione inter illos sublata, multo magis inter eos naturalem obligationem consistere dixeris; sive pater debeat filio, sive filius patri. *L. frater*, 38. *§. ult. D. de cond. ind.* Eadem caussa duorum fratrum, qui in eiusdem patris potestate sint, si quid inter se contrahant in his bonis, quæ patri acquiruntur; ut quoniam quæcumque hinc actio est, ea acquiritur patri, nec patri adversus filium esse potest, ideo nulla hic fit actio: sed nihilominus obligatio naturalis contrahatur. *d. L. frater*, 1. resp. *de cond. ind.* De his personis nunc dixi brevius, huc spectans, quod erat proprium huius loci, ut intelligeretur, quando inter eas personas constitueretur sola obligatio naturalis. De quo amplius infra ad *L. frater*, *de cond. ind.* Nam illud, an hæ personæ non obligentur civiliter, & cur non obligentur, alius locus mihi constitutus est ad dicendum, ubi scilicet agetur de civili obligatione, quæreturque in eo genere, quæ personæ ex contractu obligari possint, aut non possint.

XIV. An tempus civili obligationi in re contrahenda, legandave adiectum naturalem tantum obligationem faciat, dubitatum est. Et facere quis dixerit, cum quid promissum est in diem. Nam ante diem deberi constat. *L. cedere*, *D. de verb. signif. L. centesimis*, 46. *D. de verb. oblig.* Atqui præsente tempore inspecto, non videtur deberi civiliter, peti enim non potest: *d. L. cedere*, *§. omnis*, *Inst. de verb. obl.* in hac autem petitione effectus civilis obligationis cernitur. Restat igitur, ut qui interim non tenetur civiliter, obligetur saltem natura. Sed verius est, quod scripsi ad *L. eum qui calendis*, 41. *§. ult. D. de verb. oblig.* eum qui in diem promisit, obligari ante diem & natura & iure civili: quia si præsentem statum spectamus tantum, nihil debetur propter conventionem, quæ diem expectari iubet; sin eventum, eiusque certitudinem, tum vere utroque iure dixerimus deberi, quia utrumque certum facit, ali-

quando peti posse. Utcumque est, horum utrumque facit, ut ante diem solutum, uti interim debitum, repeti non possit. *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.* Diei vim, eumdemque effectum habet conditio adiecta, quam certum sit omnino exstituram. Veluti cum moriar, decem dabis? *L. sub conditione*, 16. & 2. seqq. *D. de cond. ind.* Illa plane tempora vere obligationem naturalem relinquunt, quæ obligationi pure ab initio contractæ, casu postea iniiciuntur, ut sunt, dies post obligationem pure contractam ad solvendum pacto datus a creditore debitori. Unde exceptio temporalis pacti ex æquitate naturali edicti de pactis. *§. temporalis*, *Inst. de excep.* Item spatium solvendi quibusdam personis humanitatis caussa lege indultum: ut tempus iudicati. *L. cum militi*, 16. *§. ult. D. de compensat.* Ut quod datur marito & similibus, ne ultra id quod facere possunt, conveniantur. *L. quod nomine*, 8. & *L. seq. D. de cond. ind.*

XV. Constituta inventaque obligatione naturali, quæretur quid contineat, & quam necessitatem præstationis habeat. Et quid contineat, id est, quis ex ea obligatione, cui, quid debeat, & quomodo, in prioribus illis caussis tribus, pacto, operis officialibus, dote, satis intellectum est ex iis, quæ de singulis diximus: si modo de pacto hoc addiderimus, eum ex pacti caussa debere, qui paciscitur se daturum aut facturum: deberi ei cum quo paciscitur: deberi id, quod in conventionem deductum est, & cætera inesse ex consensu. In posteriore autem genere, ubi persona cum caussa concurrit, qualia hæc sint, quæ dixi, indicatum satis ex eo, quod huius generis obligationem naturalem nasci diximus ex iis caussis, ex quibus actio oritur. Nam hæ quæ sint, & quid contineant, scietur postea suo ordine. Nempe ergo hoc monemur, quid hic illarum caussarum proprium sit, inde petendum esse, & in hoc genere esse intelligendum.

XVI. Restat necessitas & effectus huius obligationis ad rem obtinendam, quæ hinc debetur. Et generaliter recte definiemus, quicumque civilis obligationis iustæ & ad exigendum efficacis effectus sunt, eosdem esse & naturalis obligationis, una actione dempta, quæ recta ex ea obligatione nascatur. Ex naturali obligatione actionem non competere constat. Inde enim dicitur tantum naturalis. *d. L. naturales*, *de oblig. & act. d. L. fideiussor*, 16. *§. fideiussor*, *de fideiussor*. Sed quicumque alii veræ obligationis effectus sunt, iidem

sunt & obligationis naturalis. Quo in numero sunt sex. Ex quibus quidam [15] principales, quidam per accessionem.

XVII. Principales duo, soluti retentio, & compensatio, quos effectus principales dicimus, quia naturalis obligatio hos semper secum habet, etsi nihil postea obligationi accedat unquam. Valet ergo naturalis obligatio ad soluti retentionem. Et hoc est: Quidquid indebitum solutum est per errorem facti, repeti potest, ut dicetur in condictione indebiti. Indebitum accipe, quod omni iure indebitum est, & iure civili, & natura. Si quid vel natura debitum erit, solutum quovis modo repeti non poterit. Est enim vere debitum, quia debitum natura. *d. L. naturales, de obl. & act. d. L. fideiussor §. fideiuss. de fid. L. si pœnæ, L. si quod dominus, D. de cond. ind.* Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. *L. etiam, D. de comp.* Ut puta, debeo tibi centum mutua. Tu vel ante vel postea pacto nudo ex alia caussa centum item alia pollicitus es te daturum. Hæc civiliter indebita, sed debita naturaliter, ut supra dixi, iure tecum pensabo: ut quod actione a te consequi non potui, id te agente per compensationem teneam etiam ab invito.

XVIII. In accessionibus naturalis obligatio in universum hanc vim habet. Quæcumque obligatio, si obligationi civili firmandæ accedat, valet, eadem similiter si naturali obligationi accesserit, consistet, ut exinde debitum natura incipiat peti posse, aut alio modo retineri, quod prius non poterat. Hæ accessiones sunt quatuor quas easdem admittit obligatio naturalis; constitutum, fideiussor, pignus, novatio. Quæ quid sint exponetur postea suis locis. Nunc tantum de iure naturalis obligationis cum ista accesserint, quærimus. Sic ergo istarum rerum ius est. Quod natura debetur, si quis constituat se soluturum, valet constitutum, & tenetur de pecunia constituta; quod tamen utiliter constitui non potuit, nisi vere esset debitum. *L. 1. §. pen. §. ult. D. de pec. const.* Fideiussor cum obligari non possit, nisi principali obligationi accedat, tam utiliter naturali obligationi accedit, quam civili, ut iam ab eo peti possit natura debitum, quod a reo principali non potest. *d. L. fideiussor obligari, 16. §. fideiussor, D. de fideiussor.* Eadem caussa pigno-

15) Hac de re sic sentio. Effectus naturalis unicus, isque omni naturali obligationi æqualis. Necessitas solvendi, non civilis, legis aut iudicis imperio, sed naturæ iussu imposita. *Cui qui non paret, ipse se fugiet*, &c. Cic. 3. *de Rep.* vide *supra ad C. 7. Lib. 1. N. 1.* Civiles vero varii & dispares. Aliquando enim Lex nullo modo assistit, interdum assistit, & vel plenius, vel aliquatenus tantum prout illud expedire, ac civium utilitati convenire animadvertit legislator. Utilitas enim scopus est iuris civilis, uti æquitas iuris naturalis, Matthæac. 1. *de via. iur. C. 9. n. 5.* Si Lex penitus non adsistit, nihil operatur, nisi ut qui præstat quod debet, bona fide agnoscens, non plane indebitum solvisse, sed potius necessitate naturali se exsolvisse, æquitati satisfecisse & iuri naturæ paruisse videatur. Exempla in intercessione mulierum, ubi licet obligatio naturalis oriatur: in ea enim res sic æstimatur, ac si nunquam ius civile latum esset; nullus tamen inde civilis effectus *L. 40. de Cond. ind.* in transactione alimentorum SCto prohibita *L. 23. §. 2. de Cond. ind.* Denique ut Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 10. *n. 2.* etiam ea contractu legibus vetito oritur naturalis obligatio, tametsi effectuum, quos lex accommodavit, nullum habeat. Recte, si ponat huiusmodi contractum, quem naturalis æquitas non deficit, ut uxoris sine licentia mariti iure Hispanorum, quod exemplum habet Vasq. vel mulieris sine consensu Curatoris iure Saxonum. Sic obligationem ad remunerandum Lex regulariter fere ab omni auxilio nudam relinquit. Unde tametsi si sciens quis remunerationem præstiterit, mercedem exsolvisse censetur *L. 34. §. ult. de don.* & per *L. 6. pr. Mand* ubi *honor* significat mercedem, per ea quæ *infra Lib. 18. C. 3* ac quod dedit, repeti ex nulla caussa potest *d. §. ultim.* si tamen probabili facti errore, ei a quo beneficia aliquis agnoscit, pecuniam, ceu ex caussa civili debitam solverit, Lex retentionem non indulget, repetitionemve denegat. Neque enim contemplatione illius beneficii vel iste præstitit vel hic accepit. Improbeque faciet qui ideo se in alium beneficium antea contulisse dicet, tantundem ut, vel ab ignorante reciperet. Genus hoc est viscati & hamati beneficii. Nec continuo ingratus, ac ius gentium, virtutumque officia deseruisse censendus, qui pecuniam ex caussa forte emptionis ? se solutam in debitum istud naturale imputari nolit. Potest enim alia re gratitudinem suam declarare. Et quid si conditionis personarum sit inæqualitas, aliave id genus. Quanquam si omnia paria forte sint, nihilo magis tribuetur retentio soluti, quia hunc effectum præsenti obligationi leges non accommodarunt. Atque hæc regulariter. In quibusdam vero casibus ea fit interpretatio a lege, ut præstitum a bene meritis affectu habeatur pro præstito eorundem contemplatione ac compensatione. Id accidit non tantum in operis a manumisso præstitis *supra h. Cap. n. 8.* sed & in usuris sortis ex mutuo gratuito acceptis, & nec stipulatione, nec nudo etiam pacto promissis. Quas qui præstat, sortis contemplatione ac in remunerationem officii mutuationis persolvisse censetur, ideoque non repetit. Quomodo fere *L. 26. pr. de Cond. ind* interpretatur Rob. 2. *Sent.* 16. Aliquando ut dixi, Lex plenius adsistit, ut non retentionem tantum, sed & exactionem concedat. Quod & fit quandoque in illa ipsa beneficii accepti caussa; si aliquid accesserit, videlicet atrox iniuria &c. *ut L. ult. C. de revoc. don.* vid. *infra Lib. 14. C. 27.* Tunc enim Lex solidum reddere cogit, licet civiliter non sit obligatus. Civilis enim obligatio non nascitur, nisi quoties id agitur ut confestim debitor obligaretur *L. 19 pr. de reb. cred.* Quo animo donatio facta non est *L. 21. de don.* Huc referri potest ingrati liberti in servitutem, de qua *Lib. 2. C. 17. N 3.* emancipati in potestatem *d. Lib. 2. C. 24* revocatio Sic quod datur mensori, remuneratio est, *L. 1. in fin. pr. si mens. fals. mod.* exigi tamen potest. Atque huc referendæ præstationes extraordinariæ, de quib. *infra C. 14. N. 7.* Sic quando pupillus acceptis alienis nummis rem suam auxit, tenetur actione utili ex constitutione O Pii *L. 3. §. 4. de neg. gest. L. 3. pr. Commod.* nec tamen ideo obligatio civilis, sed naturalis manet, ut recte Pac. 4 Q. 9. & Gifan *ad L. 14. de O. & A.* vid. *infra Cap. 22. not. 14.* Evidentior res est in alimentis debitis, de quo vid. *infra Cap. 4. not. 1.* Sæpius autem quadantenus Lex adsistit, quosdam accommodans. Uti fere accidit in reliquis obligationibus naturalibus Quarum sunt illi effectus principales & accessorii, ut hic noster. Hoc probe notandum, hos effectus sive eos a legibus habeat obligatio naturalis, sive ex moribus ac interpretatione prudentum, sive a iure prætorio, civiles esse & civiles regulas in eis attendi, ut Pac. 4. Q. 16. A. Fab. 20. *Coniect. ult.* Atque hinc patri vel domino aquiruntur, cum ipsa obligatio acquiri nequeat, de quo alibi.

gnoris, quod cum nisi pro præcedente obligatione constitui non possit. Æque tamen pro civili & naturali obligatione constitui potest. *L. 5. D. de pignor.* Ut sic per persecutionem, & retentionem pignoris iam debitum servari possit, quod per se peti non potuit. *L. per retentionem. L. pignoribus. C. de usur.* Novari quoque naturalis obligatio potest: id est, in aliam obligationem ita transfundi, ut qui quod natura debebatur, stipulanti promiserit novandi caussa, non minus obligetur, quam si civiliter ante debitum promisisset. *L. 1. D. de novat.* Quorum nihil potuisset dici, nisi obligatio naturalis esset vere obligatio, & natura debitum vere debitum, etsi minus proprie, quia minus plene.

XIX. Recte constituta obligatio naturalis suis modis solvitur. Solvitur autem partim communibus quibusdam, partim propriis.

XX. Communes sunt, quibus tollitur obligatio quoque civilis. Nam cum huius arctius vinculum sit, quam naturalis, necesse est, si qui sint, quibus tollitur civilis obligatio, multo citius iisdem tollatur obligatio naturalis. Ideo numeratione pecuniæ, id est [16], solutione, naturalem tolli nemo dubitat. *L. Stichum, 95. §. naturalis, D. de solut.* Sed & propriis quibusdam tollitur. Hi sunt, quibus in civili obligatione intervenientibus non liberatur debitor ipso iure, sed tantum per exceptionem. Nam his naturalis obligatio etiam ipso iure tollitur. Quod cum in hac obligatione tantum accidat, recte hoc totum naturalis obligationis proprium esse dicimus. Id declarat Papinianus exemplo iusti pacti, & iurisiurandi, quibus itidem ut numeratione pecuniæ hanc obligationem [17] ipso iure tolli scribit in *L. Stichum, 95. §. naturalis, de solut.* Sunt vero hæc huiusmodi in civili obligatione, puta ex stipulatu, aut legati caussa, ut quanvis creditor pactus sit ne peteret, aut deferente eo debitor iuraverit se non debere, non tamen ideo liberetur ipso iure, sed tantum exceptione defendatur vel pacti conventi, vel iurisiurandi. *§. praeterea, §. æque, Inst. de except.* At eadem si interveniant in obligatione & debito naturali, hic iam dicimus ipso iure penitus tolli obligationem. Effectum hunc esse *ibidem* Papinianus ostendit, ut si quæ sint eius obligationis accessiones, hæ similiter ex his caussis liberentur, veluti fideiussor, quem pupillus dedit.

XXI. Cur ergo his modis tollatur prorsus obligatio naturalis, civilis non tollatur? Differentiæ rationem reddidit ibidem Papinianus, sed obscurius: quia vinculum æquitatis, inquit, quo solo sustinebatur naturalis obligatio, conventionis æquitate dissolvitur. Significat autem id, quod regula iuris traditur, quibus quidque modis contractum est, iisdem in contrarium actis dissolvi. *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Itaque non mirum, si civilis obligatio, quæ sola æquitate pacti non contrahitur, solo pacto non tollatur. At contra evenit in naturali obligatione, ut hæc solo æquitatis vinculo sustineatur. Est enim, ut diximus, a natura; proinde ex æquo & bono. *L. pen. D. de iust. & iur.* Sequitur igitur, ut dictante etiam superiore regula contraria æquitate dissolvatur. Proinde iusto pacto, quod servari præsertim ad liberationem natura æquum est. *L. 1.* in princ. *D. de pact.* Ergo & iureiurando propter eamdem conventionem & religionem. *L. sed etsi servus. L. qui iurasse. §. ult. D. de iureiur.*

CAP.

16) An & confusione? Ita quia nec natura patitur ut sibi aliquis debeat. Quæ vera & genuina ratio. Aliæ autem Cuiacii rationes 9 *ad Afric. in L. frater a fratre p. 578. & seq.* ad hoc obtinendum infirmiores, (1) a comparatione: Acquisitio hereditatis est, pro solutione & compensatione *L. 33. Sol. mat.* Ergo, &c. Sic enim & deportatio tollit obligationem naturalem *L. 47. pr. de fidei.* quia morti comparatur; utique & confusio, quia solutioni. (2) Per confusionem sublata principali tollitur fideiussoris obligatio *L. 71. de fidei.* Non tolleretur autem, si maneret naturalis. vid. A. Fab. 7. *Conject.* 16. Dist. Hotom. *disp. in L. frater a fratre.*

17) Cui non leviter obstat *L. 27. §. 2. de pact.* Sed de eo, alibi dicendi erit locus. Hic modus esto.

CAP. III.

De civili obligatione nuda: quæ sit: quibus ex caussis & quomodo efficiatur nuda: quam vim habeat: quomodo solvatur.

Methodus & ratio civilis obligationis, quam nudam *vocant, dignoscendæ: huius exemplum*. I.
Eædem plane caussæ, eademque materies, & subiectum civilis iustæ obligationis, ac nudæ: *ex illa istius petenda cognitio*. II.
Istius obligatio prope nulla, & quare. III.
Nullus ideo effectus. IV.
Obligatio civilis pecuniæ creditæ, etsi exceptione summoveatur; naturalem tamen retinet obligationem; & quæ huius effecta, & quæ differentiæ ratio. V.
Quas utilitates hæc habeat civilis obligatio, exceptione non opposita. VI.
Iidem modi nudæ civilis, ac civilis iustæ obligationis dissolvendæ: illi in istis quærendi. VII.

I. Civilis obligatio [1] nuda, quam eamdem sine re vocamus, est, quæ iure civili actionem parit, sed eam, quæ per exceptionem iure prætorio infirmetur. Quod genus indicari dixi in §. *præterea, Instit. de exc. & L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Nascitur hæc obligatio ex iis caussis, ex quibus iure civili nascitur actio utilis & efficax. Sed tum fit civilis nuda, cum actio inde nata per exceptionem removetur. Quod accidit ex iis caussis, ex quibus nascuntur exceptiones. Itaque si noverimus, quibus ex caussis nascatur actio iure civili, ex quibus item exceptiones, eadem opera quæ sit obligatio civilis nuda, cognoverimus. Prius ex proximo genere obligationis sequenti sumendum est; est enim illius proprium. Posterius ex *Tit. Inst. de exc.* de quo dicetur inter eos modos, quibus obligatio liberatione tollitur. Nunc quidem rei explicandæ caussa unum exemplum sufficiet, quod est in *d.* §. *præterea, de exc.* Debet quis decem mutua, aut ex stipulatu. Ex utraque caussa obligatio & actio iure civili. *Instit. quib. mod. re contr. obl.* in princ. *Inst. de verb. obl.* in princ. Si debitor pactus fuerit cum creditore, ne a se pecunia peteretur, nihilominus manet obligatio, quæ pacto convento non est sublata: unde & vetus actio. Sed adversus actionem parata exceptio pacti conventi. Hinc ergo primum incipit obligatio esse civilis illa nuda, quam dicimus. Eademque ex cæteris caussis, ex quibus exceptiones nascuntur, intelligenda sunt.

II. Hæc obligatio cum sit ex iisdem caussis ex quibus iure civili iusta obligatio nascitur, nempe idem quod illa continet; cum scilicet quæritur quis, cui, quid, quomodo debeat. Itaque si quid horum nosse volemus, illinc petetur.

III. De vi & necessitate præstationis huius obligationis sic habendum est. Propemodum sine re est hæc obligatio, ut verbo supra complexi sumus; idest, eiusmodi, quæ nullos effectus habeat neque civilis, neque naturalis obligationis. Merito. Vere enim nec civilem nec naturalem obligationem in se habet. Civilem quidem habere videatur, quia actionem habet iure civili constitutam. Sed si vim & potestatem actionis, non nomen spectamus, non habet, ubi actioni obiicitur exceptio. Nihil enim interest, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil, D. de reg. iur.* Naturalem autem obligationem plane non habet. Indicio est exceptio, quæ ex suis illis caussis, quarum memini, ideo debitori datur, quia non est æquum iis caussis intervenientibus debitorem teneri: ut ratio redditur in §. 1. & *seq. Instit. de exc.* Id semper æquum quod est a natura, seu naturali iure. *L. pen. D. de iust. & iur.* Quocirca ideo æquum est, debitorem ob eas caussas non teneri, quia iure naturali fit, ne teneatur; idest, quia natura seu naturali iure non debet, non obligatur. Et hoc est, quod Ulpiano in *L.* 3. §. 1. *D. de pec. constit.* ea pecunia, quæ ex hac obligatione debetur, dicitur debita iuribus non esse pecunia. Iuribus, idest, ullo iure: dum hoc significat, non modo non

[1]) Vulgo vocant mere civilem, & iustam civilem vocant mistam. Quod reprobat Gifan. *ad L.* 14. *de O. & A. n.* 28. quia nulla sit obligatio civilis, quæ non mitatur cognomento naturali, saltem præsumpto. Errat autem Govean. *ad L.* 1. §. 17. *ad* Falc. *n.* 1. scribens obligationem tantum civilem esse ex stipulatione.

non esse debitam iure naturali, quod constat propter exceptionem: sed nec civili quidem etsi est eo nomine actio. Non enim videtur obligatio civili actione uti, cum actio removetur exceptione.

IV. Hinc de vi & effectu potest iudicari. Primum igitur dum opponetur exceptio, effectum civilem plane nullum habet: cum hic effectus non sit, nisi in actione & persecutione: quæ tunc, ut dixi, inutilis est, vel potius nulla, cum exceptione summovetur. Obligationis autem naturalis nullum plane fructum obtinet, sive exceptio opponatur, sive nondum opposita fuerit. Exemplo erunt huius generis effecta duo, ne necesse sit omnia persequi: soluti retentio, & constitutum. Diximus, quod natura debetur, si solutum sit, quanvis ab eo, qui iusto errore facti putaret civiliter deberi, tamen repeti non posse. Non idem ius est in hoc genere. Non impediet eiusmodi repetitionem obligatio ista civilis, ex qua qui actione tenebatur, exceptionem adversus actionem habuit. Idque est quod dicitur, eum qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere posse. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Sic & quod natura debetur, recte constituitur, ut debitum. *L. 1. §. ult. de pec. const.* Diversum in hoc genere obligationis. Qui constituit, quod iure civili debebatur, iure autem prætorio non debebatur, constituendo non tenetur. *L. 3. §. 1. D. de pec. const.* Quæ si duo effecta naturalis obligationis non recipiuntur in hoc genere, perspicuum est, ne cætera quidem recipi oportere. Cur enim non recipiuntur illa, quia hic obligatio naturalis nulla est? Quæ autem non est, non potest neque hos, neque alios ullos effectus parere.

V. Atque hæc ut plurimum, ac fere per omnia ita se habent. Sed non sunt perpetua. Interdum obligatio civilis cuius actio per exceptionem removetur, ita actionem iure efficacem non habet, ut tamen habeat naturalem obligationem. Sed etsi non habeat, non est tamen per omnia inutilis ad eam præstationem, quam in obligatione quærimus. Una est obligatio pecuniæ filiofamilias creditæ, ex qua actio exceptione Macedoniani removetur. Subest tamen hic obligatio naturalis: quam ut intelligamus efficere cætera, quæ naturalis obligationis propria esse diximus, hoc quod est præcipuum efficit, ut sive filius, sive alius quis nomine filii quanvis per errorem pecuniam solverit, non repetat. Hæc in *L. sed si paterfamilias*, in fi. & *L. seq. D. de sen. Mac. L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Cur ergo in cæteris caussis exceptio actioni opposita arguit naturalem obligationem non subesse: in pecunia filiofamilias credita non item? Ratio iisdem locis reddita est, quod in aliis caussis exceptio comparata est debitoris caussa ideo, quia æquum sit eum non teneri. Exceptio contra Macedoniani in mutuo, non quia æquum sit filiumfamilias liberari, sed in odium & pœnam creditoris ut plurimum fœnerantis.

VI. Sed etsi debitoris exonerandi caussa detur exceptio, non est tamen hæc ipsa civilis obligatio & actio quæ manet plane inutilis. Si exceptio opponitur, est sane inutilis sine controversia. Idque est, quod regula iuris traditur, nihil interesse, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *d. L. nihil interest. de reg. iur.* tunc enim infirmatur actio exceptione, cum exceptio illi obiicitur. At finge non opponi, non prohibet regula, quominus aliquid interesse dicamus. Et tum vero obligatio & actio ista civilis [1] duas utilitates habet. Una est hæc, quod in strictis iudiciis quæ exceptio debitori datur, si eam sibi prodesse vult, initio contestari oportet. *L. si quidem. L. præscriptionem, C. de exc.* Unde evenier, ut ea non contestata procedat actio, ac reus condemnari debeat. De quo in exceptionibus & recta institutione iudicii dicendum est. Altera est, quod si creditor ante quam iudicio ageretur, pactus sit, ut sibi idem petere liceret, quod prius propter exceptionem non poterat; consequitur pacto, ut iam sibi petere liceat utiliter, quod sine actione præcedente solo pacto petere non potuisset. Nam ex pacto quidem non nascitur actio. At ubi actio ante nata est, si ea agatur, & exceptio opponatur, potest pactum posterius prodesse ad removendam exceptionem, quod ad actionem prodesse non poterat. *L. si unus. §. pactus. D. de pact. L. pacta novissima. C. eod.*

VII. Quibus modis tollatur hæc obligatio, anxie quærendum non est. Nam si debitor solutam vult, habet paratam liberationem in exceptione: quam licet ei opponere actioni, cum velit, si modo cum eo agetur. Sed si mavult etiam prius quam iudicio agatur, obligationem tolli ipso iure, & hoc quæritur, quomodo fiat: sciendum est, quæ iisdem modis contrahitur, qui-

[1]) Quæ eædem differentiæ liberationum quæ ipso iure & quæ ope exceptionis contingunt, vid. Don. *noster ad L. 5. C. de pact. n. 3. & seqq.*

quibus civilis iusta, eam iisdem quoque modis in contrarium versis, quibus illa, dissolvi. Quare & hoc ex ea parte huc assumetur.

C A P. IV.

De obligatione civili iusta. Quæ sit: Quam longe pluribus ex caussis cuique imposita, quam illis quatuor; Contractu, Quasi contractu, Maleficio. Et breviter, Quæ eius genera summa. Ac primum de obligatione inter privatos & Remp. Inter parentes & liberos; Inter libertum & patronum solo pietatis iure sine contractu aut maleficio constituta.

Civilis & iusta, quæ plenam habet præstationem, sola & proprie & vere dicta obligatio. I.

Civilis unde dicta, & quo sensu accipienda. II.

Obligationum divisio Iustinianea quadruplex, ex quatuor caussarum generibus ducta. Accuratior alia obligationum partitio, & quæ. III.

Quædam ex parte publica, & ex parte privata; & quid hæc ex utraque parte explicatur. IV.

Quædam plene privata; & hæc iterum principalis, & accessoria: exempla utriusque. V.

Principalis aut ex conditione sola personæ, aut eius facto nascitur. VI.

Ex conditione personæ solo pietatis iure nata constituitur inter patrem & filium; patronum & libertum. Cur non æque inter uxorem & maritum. VII.

Pater filiæ, si hæc sit in illius potestate, dotem debet ex iure civili; sin, debet iure naturali. VIII.

Item egentibus liberis alimenta debet. Nomine liberorum & parentum qui veniant. Quid alimenta contineant; & quis horum modus & ratio. IX.

Liberi, & quidem omnes, qui eo nomine continentur, debent alimenta parentibus, ubi indigeant, & quidem omnibus. Idem in parentibus, qui & in liberis alimentorum modus. X.

Quod Iudicis officium in petitione alimentorum. XI.

Item debent illi parentibus honorem & reverentiam. Quatuor huic reverentiæ civili iure attributa; & quæ illa, & quatenus exigantur. XII.

Libertus præstare debet alimenta patrono, eiusque liberis & parentibus. Eadem hic obligatio, quæ liberorum in parentes; idemque Iudicis officium. XIII.

Quatenus alimenta patronus liberto præstare teneatur. XIV.

Obligatio alimenta præstandi, & reverentiam una cum persona, quæ debet, aut cui illa debentur, extinguitur. XV.

I. CUm utrique obligationi superiori tantum desit ad plenam præstationem eius quod debetur, quantum diximus: apparet eam solum proprie obligationem esse, quæ civilis est iusta, civilem simul & naturalem in se continens, quam eamdem civilem cum re vocamus. Hæc enim est sola, quæ plenam & veram istam necessitatem præstationis habet. Ea est autem, ex qua iure civili eius petendi & exigendi nomine, quod debetur, ultro actio competit, & cum effectu, id est, sine ulla perpetuæ exceptionis remotione. Sic enim fit, ut cogi possit quid præstare, qui id debet, si superiora hæc concurrant. Inde, ut dixi, hæc sola proprie dicta obligatio; reliquæ magis per abusionem, ut est in *L. fideiussor obligari*, 16. §. *fideiussor, de fideiussor*. Ac propterea etiam ex hac proprietate in usu iuris frequenter obligationis verbum, etiam cum per se ponitur, isto modo usurpatur, nec de alia potest accipi. Quo sensu illud dictum est ab Ulpiano, nudam pactionem non parere obligationem. *L. iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact.* Cum hoc sentiat nudam pactionem non parere actionem, ut §. *seq.* interpretatur. Quomodo & accipitur obligatio apud Iustinianum in toto tractatu obligationum, ut in definitione obligationis ostendi. Atque hanc solam proprie obligationem dici, quæ istam vim, & necessitatem exigendi habet, ex verbis debitoris & creditoris, inter quos consistit obligatio, facile potest intelligi. Inde enim debitor definitus, a quo invito pecu-

pecunia exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. signific.* Quod non fit, nisi actione. Atque hinc rursum ex adverso creditores ii solum, qui actionem habent, quæ exceptione perpetua summoveri non possit. *L. creditor. L. creditores*, *D. de verb. signif.* Atqui scimus esse aliquid, quod debeatur tantum natura; cuius nomine cum nulla competat actio; nullo modo etiam ab invito potest exigi, ut in naturali obligatione constitit. Quod si hic debitor est, qui ita debet: erit utique & creditor, cui ex ista caussa debebitur; quia & hic in obligatione naturali fidem debitoris secutus est, *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. iur.* Fidem autem alterius sequi est credere. *L.* 1. *D. si cert. pet.* Sed superius illud utrumque ex illa proprietate verbi, quam sæpe hic commemoramus, dictum est. Is enim debet, qui obligatus est. Proprie autem obligatus is est cum quo agi potest, ut possit ab invito pecunia exigi. Proprie igitur & hic solus debitor. Cui si ex adverso respondet nomen creditoris, necesse est & eum proprie creditorem intelligi, qui pecuniam potest a suo debitore, id est, ab eo quem sibi obligatum habet exigere. Quod is solus facere potest, qui actionem habet, & eam, quæ non metuat exceptionem.

II. Ut fit ex obligatione hæc actio, iure civili efficitur, quo actio eo nomine constituta est. Unde & generaliter civilis obligatio dicta, quæ hanc actionem habet, & hoc sensu distincta a naturali. *L.* 1. *de novat. d. L. fideiussor*, 16. §. *fideiussor*, *de fideiussor. L. servi*, *de obligat.* & *action.* Sed sciendum est civilem ita dicere nos, cum ius civile generaliter accipimus, ut contineatur hoc verbo & prætorium, ut fit in §. *constat. Instit. de iur. nat. gent.* & *civil.* Alioqui cum ius civile specialiter accipitur, distinguiturque a prætorio, ut sæpe in usu iuris, veluti ex professo in *L. ius autem*, *D. de iustit.* & *iur.* si ex hoc sensu loqui volemus, eveniet, ut ea ipsa, quam generaliter vocamus civilem, fiat duplex, civilis & prætoria. Quia omnis quidem obligatio huius generis actionem ex iure habeat; sed alias iure civili constitutam, alias iure prætorio, seu edicto prætoris. Atque hinc nata illa divisio obligationum, quæ statim initio ponitur apud Iustinianum, ut aut civiles sint, aut prætoriæ. §. 1. *Inst. de obl.* Cuius non alium usum & scopum esse sciamus, quam hunc, quem dixi, ut indicet illam demum obligationem veram esse, quæ & iure civili confirmata est, ut hinc actionem habeat ad exigendum quod debetur, constitutam tamen vel eo iure civili, quod specialiter ita dicitur, vel iure prætorio.

III. De hac obligatione eadem illa quærimus, quæ supra. An sit hæc obligatio: Si est, quid contineat, quamque vim habeat: Tum quibus modis dissolvatur. De his semel & in universum ne in hoc quidem genere dici potest. Variantur hæc, prout est genus obligationis: genera ex caussis, ex quibus unaquæque obligatio oritur. Caussas obligationis quatuor Iustinianus posuit in §. *ult. Inst. de obl.* contractum, quasi contractum, maleficium, quasi maleficium. Et sunt quidem hæ caussæ in maxima parte obligationum: sed 1 ad omnes obligationes non pertinent. Neque enim omnes ex his caussis. Arcessenda

1) Neminem hactenus reperi, qui itidem, ut noster, caussas quatuor obligationum, contractus quasi contractus &c. insufficientes arguat, excepto Walth. 2. *Misc.* 35. qui tradit esse obligationes quæ proprio iure oriuntur, nec ex contractu vel quasi, nec ex maleficio vel quasi descendentes. Ut quod pater tenetur filiam dotare, non est, ait, ex contractu &c sed ex præcepto legis. Idem esse dicit in obligatione necessarii heredis. Iteoque casum ubi quis obligatur nec ex contractu, &c. sed ex sola æquitate, esse in *L. si & me* 32. *de reb. cred.* Sed tueri possumus Imperatorem ac receptam caussarum obligationis partitionem. Aut enim onera sunt obligationi affinia, aut obligationes naturales potius quam civiles, de quibus noster *h. Cap.* Obligationem publicam, si proprie talis est, sine vitio tamen omisere Imperator & IC. Caius *in L.* 1. *de O. & A.* quando ius privatum exponunt & tractant. Quin dici posset, nec illic obligationem esse sine consensu ac conventione, quia qui se civem gerit, eo ipso in leges civitatis consentit, iisque se subiicit. Lex enim communis Reipublicæ sponsio *L.* 1. *de LL.* vid. *supra Lib.* 1. *Cap.* 16. *N.* 6. Unde legem contractum esse pluries inculcat Vasq. *Lib.* 1. *ill. Contr.* *C.* 28. *n* 12. *& C* 44. *n.* 5. *& Lib.* 2. *C.* 52. *n.* 10. *& C.* 55. *n.* 3. *ac passim.* Et Aristot. 1. *Rhet.* pactum legem vocat ac legem pactum. Lex est pactum publicum: Pactum Lex privata, Rad. Forneri. 5. *Rer. Quotid.* 14. Obligationes autem illas ad dotandos, alendosque liberos, civiles non esse patet, quia obsistit mera iuris civilis ratio, fictio videlicet unionis, quæ patrem filio, & vicissim, nihil civiliter debere finit. Ac licet eadem præstandi præcise sit necessitas, non tamen actione civili & ordinaria, petuntur, sed iudicis officio. Io. Bapt. Pontan. *de alim.* C. 1. *n.* 6. Io. Petr. Surdus *de alim. Lib.* 3. *Q.* 1. Nec hic iuris civilis regulas attendimus, quæ litem ac iudicium civile inter patrem & filiumfamilias consistere non permittunt *L.* 4. *de iudic.* Sed ipsam veritatem naturæ. Surd. *d. Q.* 1. *n* 4. *&* 5. Qui tamen non recte *n.* 12. *& seqq.* eadem nec naturali obligatione deberi contendit, licet naturali quadam ratione & æquitate a natura insita, ex qua officium iudicis, quod ex æquitate descendat etiam sine naturali obligatione: quod probari non potest. Certe caussa omnis huius obligationis est ratio pietatis *L.* 1. *pr. de obseq. L.* 4. *in fi. C. de pa. pot.* quæ iuris naturæ est *supra Cap.* 2. *N.* 9. affectus paternus *L.* 5. §. 14. *de agn. lib.* ratio naturalis *d. L.* 5. §. 16. ipsa natura *L. ult.* §. 5. *C. de bo. quæ lib.* Plutar. *lib. de Homero f. m.* 64 Parentes a liberis ali naturæ Lex iubet. Unde contra naturales stimulos, contra ius naturale, contra pietatem facit, alimoniam iniuste denegans. vid. P. Fab. 2. *Semestr.* 1. *pag.* 5. *&* 6. scite Martin. Coler. *Lib.* 1. *de alim. C.* 2. *n.* 4. *& seqq.* Ac licet leges quoque alendos liberos imperent *d. L. ultim.* §. 5. ac iuri naturæ quasi suppetias ferant, non ideo tamen obligatio civilis redditur, nec informatur ea a iure civili, sed effectus illi accommodantur. vid. *supra ad Cap.* 2. *not.* 15. Coler. *d. C.* 2. *n.* 8. Denique si maxime hic obligatio civilis agnoscenda esset, dicendum tamen foret eam vel ex contractu matrimonii, vel ex delicto parentis proficisci, alimenta soboli indi-

igitur paulo altius huius generis partitio, quæ omnes obligationes, quas iure constitutas legimus, earumque caussas complectatur. Atque hinc initium duci oportet. Obligationum quibus privati aliis tenentur, quædam est ex parte publica; quædam plane privata.

IV. Ex parte publica, qua privati obstringuntur Reipublicæ, ut Reipublicæ. Privata, qua privati privatis obligantur. Est enim, quod omnes Reipublicæ & patriæ ex qua sunt, aut in qua versantur, ut Reipublicæ debeant. Est, quod privati debeant privatis. Reipublicæ, seu civitati ut civitati debent omnes, quæ pertinent ad iuvandam rempublicam rebus necessariis. Ea sunt duo; intributio patrimonii ad sumptus necessarios reipublicæ ferendos, & opera. Intributio in muneribus, quæ dicuntur patrimoniorum: opera in reipublicæ administratione: administratio aut in honoribus suscipiendis, qui deferuntur, aut in muneribus publicis personarum, quæ imponuntur, obeundis. Hæc obligatio erga rempublicam non nascitur civibus ex ullo eorum contractu aut maleficio: sed solum hoc ipso, quod sunt cives; & respublica est, quæ ista exigit. Unde igitur? ex ea pietate, qua omnes patriæ obstricti sumus. *L. 2. D. de iust. & iur.* Quæ deinde sancita est legibus, & iure publico. Sed quoniam totum hoc quod hic debetur, proficiscitur ex eo iure, quod patria & respublica adversus privatos sibi vindicat; ideo hac parte ad ius publicum pertinet. Quamobrem & ad id a nobis remittetur. Sic tamen, ut hoc loco monendi fuerimus, & meminisse oporteat, obligationem in his, qui debent, esse privatam, ut hoc quoque loco attingi debuerit, ne nihil videatur ad privatos pertinere. Hic enim non respublica obligatur; sed singuli pro se quisque superiora ista reipublicæ præstare debent. Sunt & aliæ caussæ, quibus proprio quodam iure, quid debetur reipublicæ ex privilegio, de quibus & in iuris publici explicatione opportunius dicetur.

V. Privatam obligationem esse dixi, quæ est inter privatos, seu qua privati privatis obligantur. Ne hæc quidem statim ex contractu aut maleficio. Ea enim duplex est. Quædam ex persona ipsa obligati nascitur; quædam ex persona alterius. Utraque caussis & effectis distincta. Priorem principalem; posteriorem adventitiam seu accessoriam possumus appellare. Ut, cum quis mutuum accipit, aut stipulanti quid promittit, obligatur ex persona sua, & quidem principaliter, ubi obligatio ex alia præcedente non pendet. At cum dominus tenetur ex contractu aut maleficio servi, cum pater ex contractu filii, & similes ex aliena obligatione; hic obligatio est ex persona alterius, adventicia & accessoria. Quam nemo dixerit domino aut patri nasci ex ipsius contractu aut maleficio. Sed etsi sit aliqua accessoria ex contractu eius, qui accessit præcedenti obligationi, habet tamen ea obligatio multa propria distincta a principali obligatione, sive de obligatione contrahenda agatur, sive de potestate, & dissolutione eius obligationis. Merito igitur hæc genera distinguenda, & ita statuenda, ut de his separatim atque ordine dicatur.

VI. Principalis obligatio quæ est, quæ eadem nascitur primum ex obligati persona inter privatos, ne hæc quidem continuo ex contractu aut maleficio. Sunt in hoc genere, qui conditione ipsa personæ sine ullo facto obligentur aliis, & quid præstare debeant, ac iure & iudicio cogantur. In quo nullum contractum, quasi contractum, aut maleficium intervenire apparet; cum omnia hæc sint facta, ex quibus obligatio oritur. *d. §. ult. Inst. de obl.* Sit igitur potius prima hæc divisio, ut omnis hæc obligatio privata qua quis ex sese tenetur, non aliunde, aut ex conditione sola personæ constituatur inter aliquos, aut ab externo aliquo facto nascatur.

VII. Conditione personæ sine ullo facto, ac proinde sine ullo contractu aut maleficio, quarumdam rerum obligatio & præstatio a natura profecta iure civili constituta est inter patrem & filium, libertum & patronum, solo pietatis iure, quod inter has personas intercedit. Non habeo in hoc numero maritum & uxorem, non quod pro coniunctione, quæ inter ipsos est, alter alteri egenti [2] alimenta non debeat: sed quod si qua est hic obligatio, hæc nascitur ex contractu, nuptiis inter

indigne negantis, vel vicissim, quo ipso necare videtur *L. 4. de ag. lib.* Quod si ea libens præstet, non ex civili obligatione (neque enim tum ulli remedio aut exactioni civili locus) sed affectu naturali & igniculis pietatis natura inditis compelli. Sed nec Walth. obiecta urgent. Nam obligatio necessarii heredis non est nova, sed vetus, ex summi iuris ratione. vid. *supr. Lib. 7. Cap. 2. n. 12. & seqq.* In specie vero *L. 32. de reb. cred.* obligatio non quidem ex contractu mutui, sed ex quasi contractu negotii gesti *L. 2. de neg. gest.* ut recte noster ibidem.

2) Late hac de re Coler. *Lib. 1. C. 10.* Io. P. Surd. *de alim.* Q. 32. *& seq.* & de exceptionibus contra hoc mariti, *tit. 7.* Q. 16. *& seqq.* Quando gener vel nurus socerum alere debeat, Surd. *ibid.* Q. 39. quando privignus novercam, vitricus privignos, ibid. Q. 40. *seqq.* Coler. *Lib. 3. C. 4. n. 23. & seqq.*

inter ipsos eorum consensu & voto summam rerum atque officiorum communicationem inducentibus. *L. 1. D. de ritu nupt.* De quo dicetur postea in hac specie societatis libro sequenti.

VIII. Parens liberis ex hoc iure duo debet: dotem, & alimenta. Obligatio ex æquitate caritateque sanguinis, ut est in *L. si quis a liberis. §. 1. D. de agn. lib.* Quid contineat, quamque necessitatem præstationis habeat, videamus. Et parens filiæ ex constitutionibus dotem dare debet, hanc tamen non quivis parens, sed is qui filiam habet in potestate. *L. capite. D. de rit. nupt.* Cæteri parentes natura dotem debere existimantur: iure civili non debent, ut dixi in obligatione naturali. Hæc obligatio in patre qui filiam in potestate habet, vere civilis est, qua scilicet ille adstringitur necessitate dotis præstandæ. Desiderante enim filia, [3] cogitur pater per præsides provinciarum, id est eos magistratus, qui summum imperium habent in iurisdictione, filiam in matrimonium collocare & dotare. *d. L. capite. de rit. nupt.*

IX. Alimentorum obligatio plenior. Parens liberis suis egentibus [4] alimenta, & omnia quæ ad exhibendos, & educendos liberos pertinent, iure præstare cogitur. Hæc summa iuris in *L. si quis a liberis*, in princ. & *§. non tantum, de agnit. lib. L. ult. §. ipsum autem*, & *§. filiis autem*, in fin. *C. de bon. quæ lib.* Debet ergo parens. Hoc generaliter, quisquis est parens; ut debeat non tantum pater, sed & [5] mater, si pater non præstat. Et si hi non sint, aut non præstent, debeat avus non tantum paternus, sed etiam [6] maternus. *d. L. si quis a liberis, §. 1.* in fin. & *§. seq.* in princ. *§. si mater.* Debet parens liberis. Hos quoque generaliter accipi volumus, ut debeat non tantum filiis aut nepotibus, sed & filiabus & reliquis fœminini sexus. Nec tantum iis liberis, quos in potestate habet, sed etiam [7] quos non habet: puta emancipatis, vel ex alia caussa sui iuris constitutis. ead. *L. si quis*, in princ. & *§. 1.* Hinc placet matrem alere debere filium & filiam etiam [8] vulgo conceptos. Quod non item a patre exigitur, sed solum ut alat, quos apud iudicem constiterit ex iustis nuptiis procreatos. ead. *L. si quis, §. 1.* in fin. & *§. item, seq.* Hoc ideo, quia mater undecumque conceperit, semper est certa. Pater autem quia nobis incertus, idcirco solum pro tali habetur is, quem nuptiæ demonstrant. *L. quia, D. de in ius voc.* Sed debet alimenta parens liberis egentibus idest his, qui nec habent in bonis, unde se alant, nec didicerunt artificium, unde idonee [9] victum quærant, ut accidit adolescentibus & pueris, aut si didicerunt, ea sunt valetudine, ut operis sufficere non possint. *d. L. ult. §. ipsum autem, C. de bon. quæ lib.* ead. *L. si quis a liberis, §. item Divus.* Debet parens liberis non tantum præbere alimenta, verumetiam cætera quoque onera liberorum ferre, ut est in ead. *L. §. non tantum.* Cætera onera accipere debemus omnia onera necessaria ad alendos & exhibendos, idest educendos, liberos. Hoc

3) *L. 6. de coll.* Debetur pariter donatio propter nuptias filio *L. ul. Cod. de dot. promiss.* Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *seq. n.* 10. Vid. de hac necessitate dotandi A. Guib. *de dotib.* C. 3. Paul. Cypræ. *de sponsal.* C. 6. § 2. *n.* 7. Ant. de Padilla *ad auth. res quæ C. Comm. de leg. n.* 42. *& seqq.* Pro modo vero facultatum constituenda & quæ congrua, ne filiæ conquerendi caussa sit, vid. Menoch. *arb.* C. 149. Quod si legibus municipalibus certa mensura dotis constituta, non inspicitur locus contractus celebrati, sed domicilii mariti, Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 3. *n.* 20. Mater & avus maternus quando dotare cogantur, Tiraq. *de iur. primigen.* Q. 61. Menoch *arb. Ca.* 460. Frater quoque sororem utrinque coniunctam, si egena sit, dotare cogendus *L.* 12. *§. pen. de admin. tut.* Padilla *d. loc. n.* 62. Tiraq. *d.* Q. 62. Lex Atheniensium ducendi vel dotandi pauperculas mulieres iniungebat proximo agnato, qui idem, si dives foret illi heres fieret, ut ex Demosthen. & Terentio probat P. Fab. *ad L.* 10 *de R. I. pag. m.* 66. Matrem quoque a filio dotandam si iuvenis sit & pulcra tradit Tiraqu. *in L. connub.* 2. *n.* 9. Quid si filia locuples? Hanc dotandam esse non minus, post alios A. Guib *d.* C. 3. *n.* 13. *& seqq.* Contra Fachin. 10. *Contr.* 38. Non autem dotanda quæ indigno nupsit, Tiraq. *Tr. Cess. Ca. lim.* 22. *n.* 10. nec quæ inscio patre & si non indigno, A. Guib. *d.* C. 3. *n.* 19. *& seq.* licet contradicat, volens quoque quæ & patre inconsulto, modo non indigno, nupsit dotandam, Covar. *de matrim. P.* 2. *C.* 3. §. 8. *n.* 8. Nec quæ ingrata vel a Christiana religione descivit, Guib. *d.* C. 3. Ex his vero apparet non recte nostrum necessitatem dotandi tribuere iis solis qui in potestate habent.

4) De quo tractatus Io. Bapt. Pontani & Martini Coler. *de alim.* plenissimus autem tractatus Io. Petri Surdi. Quædam etiam P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. Iud. C.* 54.

5) An & quando mater alere teneatur? Valasc. *Consult.* 92. Io. Bapt. Pontan. *de alim* C. 8. Coler. *Lib.* 1. *de alim.* C. 6. Io. P. Surd. *de alim. tit.* 1. Q. 14. ubi & de lactatione filiis a matre ipsa præbenda, de quo, quod aliis non committenda, pulcre Pintar. *de lib. educ.* Favorin. *apud* Agell. 12. *Noct.* 1. Ant. de Guevara *in Horolog. Princ. Lib.* 2. *C.* 23. Mich. Hospital. *Lib.* 3. *Epist.* 2. Tiraq. *de Nobil.* C. 20. *n.* 78. *& seqq.* Quando mater alimenta impendens donasse censeatur, Menoch. *arb. Ca.* 88. *n.* 20. *& seqq.*

6) Vid. Coler. *Lib.* 1. *C.* 8. Io. Petr. Surd. *tit.* 1. Q. 12. *& seq. &* Q. 16.

7) Non autem filio adoptivo extraneo, quia id onus est patri naturali *L. pen. pr. C. de adopt.* Et per *d. L. pen. §. 1. vers. sed si quidem* ibi: *in hoc tantummodo ei prodesse volumus &c.* Fach. 12. *Contr.* 60. Diff. Mart. Coler. *Lib.* 1. *de alim.* C. 4.

8) De alimentis filio naturali debitis, vid. Io. P. Surd. *tit.* 1. Q. 9. Martin. Coler. *d. Lib.* 1. *C.* 3. Spurii & incestuosi quomodo alendi iure Canonico etiam in terris imperii servando, Surd. *d. tit.* 1. Q. 10. Coler. *d.* C. 3. *n.* 8. *& seq.* Gomez. *ad L. Tauri* 9. *&* 3. *seqq. n.* 37. *& seq.* Covar. *de matrim. P.* 2. *C.* 8. §. 6.

9) Non si manibus suis victum parare possit, Tiraq. *de I. primig.* Q. 75. *n.* 2. Coler. *Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 79. *& seqq.* Excipit Tiraq. *de Nobil.* C. 20. *n.* 104. nisi nobilis sit, eiusve conditionis, quem non deceant operæ serviles.

Hoc enim solum continet hæc obligatio, ut ali & exhiberi liberi a parente debeant, ut proponitur in principio eiusdem *L. si quis a liberis*. Itaque alimentorum verbo in superiore loco specialiter intelligere oportet cibaria, idest esui, potuique necessaria. Cæterorum autem onerum appellatione omnia reliqua, quæ generalius alimentorum verbo continentur. In quo numero est [10] vestitus, habitatio, ægroti cura. Quæ ad [11] disciplinam pertinent, non continentur. *L. legatis, D. de alim. & cib. leg. L. verbo victus, D. de verb. sign.* Quæritur alimentorum modus. Hæc vero non ita sunt, ut quantum liberi petunt, tantum his indulgeatur: neque rursum parens præbeat, quam minimum potest. Sed constituuntur alimenta a iudice pro modo facultatum patris, quod totum a iudice de ea re cognoscente æstimabitur. ead. *L. si quis a liberis, §. item Divus*, & *§. si quis ex his*. Huius præstationis vere obligatio civilis, & ea, quam in hoc genere statuimus. Petit enim filius alimenta per iudicem. Constituuntur a iudice pro modo facultatum patris. Quod si non præstentur, pignoribus captis & distractis cogitur pater sententiæ satisfacere. ead. *L. si quis, §. si quis ex his*. Quæ & forma in reliquis iudiciis observatur. *L. 1. C. de exsec. rei iud.* Una defensio est patri, ne filium quanvis egentem alere cogatur, si dicat eum de se male [12] meritum; ut si filius detulerit, accusarit patrem, aut aliqua iniuria eum affecerit, ead. *L. si quis a liberis, §. si quis ex his*.

X. Liberi vice mutua parentibus conditione ipsa personæ eadem illa alimenta debent. Hoc amplius proprie honorem & reverentiam. De alimentis ius comprehensum. ead. *L. si quis a liberis*, in pr. *d. L. ult. §. ipsum autem, C. de bon. quæ lib.* Hoc & [13] sola pietatis ratio natura exigit, quæ & huius obligationis caussa est. ead. *L. si quis*; *§. si mater*, in fi. & *§. parens*, in pr. Hæc debent liberi sine ullo discrimine, sexus, gradus, familiæ, ætatis, ordinis. Debet filius: debet [14] & filia. *L. filia. C. de patr. pot.* Debent filii: debent & nepotes: nec interest, sintne in potestate & familia parentum eorum, de quibus alendis agitur, an non sint. ead. *L. si quis a liberis, §. 1.* Impubes adeo quanvis emancipatus patrem alere cogitur. ead. *L. §. non tantum*. Sed & miles; quanvis ea sit militis conditio, cui multa ex privilegio tribuantur constitutionibus. ead. *L. §. si mater*, in fin. Hæc debent liberi parentibus, & his item omnibus, sine exceptione, ut patri, matri, avo paterno & materno, itemque aviæ similiter paternæ & maternæ. Quod & ex priore illo efficitur. Non est enim filius nisi patri aut matri, nec nepos nisi avo aut aviæ. ead. *L. §. 1.* Sed debent eadem illa conditione, qua parentes liberis, si parentes egeant. ead. *L. §. non tantum, d. L. ult. §. ipsum autem, C. de bon. quæ lib.* Debent parentibus alimenta, cæteraque omnia, quæ alendis & exhibendis parentibus necessaria sunt. ead. *L.* in pr. Æs alienum parentum exsol-

10) Vid. Gœd. *ad d. L. 43. & seq.* Scip. Gentil. *lib. de alim. ad Orat. D. Marci C.* 2. fuse Io. P. Surd. *de alim. tit.* 4. per aliquot priores Q. Coler. *Lib. 1. de aliment. Cap.* 1. Obiic. Immo habitatio & vestitus alimentorum verbo non continentur *L. 8. §. 12. de transact.* Resp. Quando & alienatione & remissione alimentorum agitur, ut *d. §.* 12. angustior significatio, ut in materia odiosa, ut ad cibaria coarctetur. Alias, & in materia benigna, plenior interpretatio, Cuiac. *ad d. L.* 8. Baro *ibid.* P. Fab *ad L. 12. de R. I pag.* 81. Goth. *in not. d. L. 6. de alim. leg.* Menoch. *arb. Ca.* 170. *n* 28. *& seq.* Baron. *1. ass.* 47. Aliter Gœd. *ad d L. 44. n. 7. & 2. seqq.*

11 Intellige institutionem liberalium artium. Institutio autem opificii, qua victus quæritur, continetur, *L. ult. C. de alim. pup. præst.* ita Gœd. *ad L. 44. de V. S. n.* 10. Menoc. *Cap.* 501. *n.* 8. teneri patrem ad erudiendum filium vel imbuendum aliqua arte per *L. 4 Ubi pup educ.* alias, ait, filius patri deinde indigenti non debet vitæ necessaria subsidia, per quem artem nullam edoctus, & Coler *Lib. 1 C. 5. n* 51. Non autem cogi patrem sumptus studiorum filio subministrare, post Bart. *in L. 6. §. 5. de Carb. ed.* Padilla *ad auth. res quæ C. Comm. de leg. n.* 92. Gomez. *in L. Tauri* 29. *n.* 18. Contra tamen videtur dicendum, si facultates patris patiantur & circumstantiæ aliæ id suadeant, per *tex. d. L. 6. §. 5. & arg. L. 4. Ubi pup. educ.* vid Io Bapt. Pontan *de alim. C. 7. n.* 4.

12 Caussas, plures ex quibus alimenta negantur, habent Io. P. Surd *de alim. tit.* 7. Io Bapt. Pontan. *de alim C.* 5. vid. Menoc. 4. *præsumpt.* 191. *n.* 14. *& seqq.* Quid si ad alimoniam præstita filius luxuriose prodegerit? Non cogi patrem iterum præstare vult Vasq. 1. *ill. Contr.* 35. *n.* 14. *& seq.* (1). Quia culpa illi filio, suo auctori, non patri, nocere debet. (2) Quia obligationi plusquam semel satisfacere non tenemur, *L. qui bis* 18. *de V. O.* (3) Nec auxilio legis dignus, qui eo tam prave ante abusus. Diss. post alios nec sine ratione, Martin. Coler. *Lib. 2. de alim. C. 2. n. & seqq.*

13) Vid. P. Fab. 2. *Semestr.* 1. *pag.* 6. *&* 3. *Semestr.* 13. *pag.* 172. *& seq.* Henr. Steph. *in Iur. Civil. fonte & rivis pag.* 14 *& seq.* Hic de re dicebant ἀντιπελαργεῖν. Et hine πελαργικοὶ νόμοι, quasi dicat Ciconariæ leges, H. Steph. *d. lo. pag.* 16. Hinc,

Homer. Iliad. IV. v. 746. de Simoisio

. . . . οὐδὲ τοκεῦσι
θρέπτρα φίλοις ἀπέδωκε, μινυνθάδιος δέ οἱ αἰὼν:

genitoribus ille rependit,
Non alimenta fuit, breve at illi contigit ævum.

De alimentis parentibus debitis fusius Io. P. Surd. *tit.* 1. Q. 17. *& seq.* Pontan *de alim.* C. 9. Coler. *Lib.* 1. C. 5. Alendus autem pater quamvis infidelis vel proscriptus, *Gl. in C. si qui filii* 30. *dist.* ref. Lonot. *ad L. 8. de R. I.* & Menoc. *de arb. iud.* Q. 90. *n.* 45.

14 Mira fuit Ægyptiorum consuetudo, qua filiis parentes alendi nulla, filiabus summa necessitas, de qua Herod. *Lib.* 2. Pompon. Mela *Lib. 1. de situ orbis*. Cæterum fratri ditiori alendam sororem inopem volunt DD. per *L. 4. ubi pup. educ.* de quo Pont. C. 10. *Col. Lib.* 1. C. 9. Surd. *tit* 1. Q. 25. *& 2. seqq.* ubi Q. 27. de primogenito, quando fratribus in successione præfertur, quatenus fratres alere teneatur.

ſolvere non coguntur. ead. *L.* *§. parens*. Alimentorum modus idem, qui ſupra in obligatione parentum, ut conſtituantur hæc pro modo facultatum filii. ead. *L.* *§. ſi quis ex his*. Neceſſitas præſtationis in iudicio, & cogendorum ad hanc præſtationem liberorum ratio eadem. *d.* *§. ſi quis ex his*, & *§. non tantum*, *ſeq.*

XI. Quæritur in utraque hac obligatione & petitione alimentorum, quoniam hæc non debent niſi parentes liberis, liberi parentibus, quid iudicem de alimentis præſtandis aditum facere oporteat, ſi vel parens neget filium, idcircoque alere ſe non debere contendat, vel filius neget parentem. Atque hoc quæritur, poſſitne iudex de ea quæſtione cognoſcere, atque ita de alimentis decernere; an vero debeat remittere rem ad præiudicialem actionem. Movet dubitationem, quod cum agitur de liberis cognoſcendis, id eſt de eo, an quis ſit filius, necne, pater aliquis necne, agitur præiudicio, ſeu præiudiciali actione. *§. præiudiciales*, *Inſt. de act.* Quo in iudicio ſententia ius facit non tantum inter eaſdem perſonas, inter quas actum eſt; ſed & inter omnes alios, inter quos quandoque de eadem re movebitur quæſtio, fueritne filius Lucii Titii is, qui talis pronunciatus eſt, & contra. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *L.* 3. in pr. *D. de lib. agnoſc.* Atqui hoc ipſum quæritur, cum vel parens negat filium ſuum eſſe eum, qui alimenta deſiderat; vel filius parentem. Quare videri poteſt & de eo præiudiciali actione prius agendum, ut cum de eo conſtiterit, ſic deinde ex eius iudicii eventu de alimentis in utramque partem ſtatuatur. Sed aliter Ulpianus in *d. L. ſi quis a liberis*, *§ ſi vel parens*. Vult iudices de alimentis aditos in hac controverſia etiam de conditione perſonarum cognoſcere debere, & [15] ſummatim; ut ſi conſtiterit filium vel parentem eſſe, tunc ali iubeant. Si non conſtiterit, nec decernant alimenta. Ne quis autem putaret fieri hoc contra formam iuris, quæ in huiuſmodi controverſiis præiudicium exigit, quo res pleno iudicio diiudicetur, aut etiam iniuriam fieri condemnato, quod ſummaria cognitione de ſtatu eius cognoſceretur, monet neutrum horum in propoſito eſſe metuendum: quia iudex non de ſtatu pronuntiaret principaliter, ſed de alimentis, in quorum iudicium incideret quæſtio de ſtatu: idem in *L.* 1. *C. de ord. iud.* Hinc evenire, ut cum pronuntiaverit iudex aliquem ali oportere, ea res non faciat præiudicium ideſt non faciat, quominus parens aut filius, iterum præiudiciali actione expertus audiatur probare volens ſe parentem aut filium eſſe, vel non eſſe.

XII. Sed & liberi præter alimenta parentibus reverentiam & honorem debent. Iis quidem quorum ſunt in poteſtate, ſine controverſia. Qui quomodo a filiis pro poteſtate hoc exigant, & ſi quid contra factum ſit, quomodo in eo ius ſuum teneant, diximus ſupra in iure patriæ poteſtatis, *lib.* 2. *cap.* 25. Sed debent ex æquo omnes omnibus parentibus. Liberi ſive ſint in poteſtate, ſive non ſint, ſive maſculi, ſive fœminæ; parentibus utriuſque ſexus, idque in infinitum. *L.* 4. *L. filia*, *C. de patr. pot.* *L.* 4. in fin. & *L. parentes*, *D. de in ius voc.* Quod & ipſum pietatis ratio exigit. Unde qui hanc reverentiam ſive patri, ſive matri non exhibet, pietatem lædere dicitur in *d. L.* 4. *C. de patr. pot.* Huic reverentiæ atque honori quatuor tributa ſunt iure civili. Ne quis parentem in ius vocet ſine permiſſu prætoris. *L.* 4. *L. parentes*, *D. de in ius vocand.* Ne qua adverſus parentem intentetur actio, ne qua ſit ab eo poſtulatio, quæ fraudis vel doli tanquam ab illo admiſſi habeat mentionem. *L. parens*. *L. nec ſervi*. *L. licet*. *D. de obſ. par.* Ne conveniatur parens ultra quam facere poteſt: *d. L. licet*. *de obſ. par.* Ne qua contumelia aut iniuria afficiatur. *L.* 1. *D. de obſ. parent.* *L.* 4. *C. de patr. pot.* Sed ne quam in hoc debito obligationem ſimilem ſuperiori requiramus, ſciendum eſt huius omnis reverentiæ obligationem (ſi modo oblig tio proprie dicenda eſt) multum diſtare a ſuperiore, atque adeo proprie non eſſe ex eo genere obligationis, quod nunc quærimus. Debet parens alimenta liberis; debent liberi parentibus. Vere debent, & huius rei civilis obligatio eſt. De his, quæ ab invito exigi poſſunt. Id eſt ita peti, ut vel parens vel filius neceſſe habeat ea præſtare; quæ eſt definitio debitoris, & obligationis. *L. debitor*, *D. de verbor. ſignificat.* *Inſtit. de obligat.* in princ. At reverentia iſta omnis ita debetur parenti, ut nulla hic illi ſit actio ad reverentiam exigendam: ſed tantum ut ſi quid iure communi tentet filius adverſus eam facere in iudicio, facultas ei denegetur: ſi quid iam fecerit, ſit quidem

15) De qua probatione filiationis Io. Bapt. Pontan. *de alim.* C. 3. Martin. Coler. *Lib.* 3. C. 1. & 2.

dem adversus eum actio, sed quæ potius ex delicto nascatur, quam ex conditione personæ. Ut, famoso iudicio adversus parentem filius experiri non potest. Quid si hanc actionem instituat? Quoniam iudicio nondum cœpto res adhuc integræ sunt, nulla hic alia pœna est, quam ut ei denegetur actio. *d. L. parens. de obs. paren.* Convenitur parens a filio in solidum. Huic conventioni re integra sic occurretur, ut si parens solvendo non est, condemnetur a iudice in id solum, quod facere potest. Si in solidum condemnatus sit, nihilominus adversus actionem iudicati parens hac exceptione utetur. *L. sunt qui.* & seqq. *D. de re iudic. argum. in L. maritum. L. ex diverso. §. ult. D. sol. matrim.* Si quis autem in ius vocasset olim parentem sine venia prætoris, quasi iam admisso delicto constituta erat actio adversus filium in quinquaginta aureos. *L. penult. D. de in ius voc.* nempe propter ductionem, qua olim qui in ius vocati erant, si sponte non irent, duci poterant. *tit. D. in ius voc. ut eant, vel sat. vel caut. dent.* In quo nonnulla erat contumelia, si quis hunc metum ductionis patri intentasset sine permissu. Quod si qua iniuria parentem filius affecerit, est & hic patri actio adversus filium; sed illa communis iniuriarum, quæ cuivis alii competeret, qui iniuriam esset passus. Ut appareat hanc actionem nequaquam ex conditione sola personæ nasci, sed ex maleficio. Tantum in hac caussa propter personam parentis crescit iniuriæ crimen: quod ideo adversus filium qui pietatem læsit, severius vindicatur. *d. L. 4. C. de patr. pot. §. atrox. Inst. de iniur.*

XIII. Liberti libertæve erga patronum eadem prope obligatio, quæ liberorum adversus parentes. In [16] alimentis plane eadem. Nisi quod libertus alimenta non tantum patrono præstare debet, sed & liberis patroni, itemque parentibus patroni. Cæteris rebus eadem: scilicet ut his alimenta præstare debeat egentibus, constituatur autem pro modo facultatum liberti; & in his cadem sit necessitas præstationis per iudicem. Sed etsi cum de alendo patrono quis convenitur, neget is se esse libertum, idem faciendum hic quod supra, ut iudex summatim cognoscat, an sit libertus, & si libertum esse constiterit, decernat alimenta, nec tamen alimentorum decretum tollat liberto facultatem, quominus præiudicio certare possit, si libertum se neget. Præiudicio idest præiudiciali actione, de qua in *§. præiudiciales, Inst. de act.* Hæc Ulpianus ad istam sententiam in *d. L. si quis a liberis, §. solent.* usque ad fin. *de agn. lib.* Aliis in rebus, quam alimentis, etiam liberti obligatio plenior, quam liberorum erga parentes. Debet enim libertus patrono hæc quoque pro ea pietate, qua obstrictus est patrono; obsequium, operas, successionem. Sed & in his non proprie ea est obligatio, de qua quærimus. Nam aut non nascuntur superiora ex sola conditione personæ, ut operæ; aut si nascuntur, ut obsequium, successio, non tamen petuntur illa a liberto, sed obtinentur aliter suis quibusdam modis. Quibus de rebus diximus in iure patronatus, *lib. 2. cap. 17. & 18.*

XIV. Patronus contra conditione personæ liberto nihil debet. Usque adeo, ut nec necesse habeat alimenta præstare egenti & petenti liberto, etiam si possit. Quod tamen sic accipiendum est, si patronus omnia alia commoda quæ a liberto esse possunt contemnens statuat apud se omnino libertum non alere. Quod si pœnam huic desertioni propositam spectamus, prope est, ut existimetur patronus ad alimenta liberto egenti præbenda aliquatenus esse obligatus. Placet enim, si liberto petente ea non præstet patronus, amittere & hereditatem liberti, & iam nunc ea quæ libertatis caussa sunt imposita, ut operas, donum, munus. Hæc in *L. alimenta*, in pr. *D. de agnosc. lib.* Quod si hæc exigere volet, etiam egenti præstare debebit alimenta. Et quidem de operis ita scriptum est in *L. suo*, 18. & duabus seqq. *D. de op. lib.* suo victu vestituque operas præstare debere libertum Sabinus scribit. Quod si alere se non possit, præstanda ei alimenta a patrono. Aut certe ita exigendæ sunt ab eo operæ, ut his quoque diebus, quibus operas edat, satis temporis ad quæstum faciendum, unde ali possit, habeat. Quod si non fiat, prætorem ipsam patrono denegaturum operarum præstationem.

XV. Quomodo solvantur hæ obligationes, non est difficile ex superioribus intelligere. Cum enim personæ conditio, & pietas, caritasque sola huic generi locum faciat: sequitur, ut eadem conditione personæ manente, perseveret etiam obligatio. Persona autem sublata, una etiam

16) De quo so. P. Surd. *tit.* 1. *q.* 51. ut & in seqq. de aliis quibus alendi incumbit necessitas.

iam obligatio cum persona exstinguatur, sive is decesserit, cui superiora præstanda sunt, sive is, qui debuit præstare. Ideo rescriptum est [17] heredes filii ad ea præstanda, etiam quæ vivus filius ex officio pietatis suæ dabat, invitos cogi non oportere: cum hac exceptione tamen, nisi in summam egestatem pater deductus sit. *d. L. si quis a liberis, §. parens, eod. tit.* Unde intelligimus ne in hac quidem summa egestate eogendos alere parentes defuncti, si filius vivus nihil his præstabat.

[17]) Ut nec exheredatum iuste filium heredi patris alendi sit necessitas. Martin. Coler. *Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 61. *&* *seqq.* Vidua quando ab heredibus alenda, Coler. *d. Lib.* 1. *C.* 11.

C A P. V.

De caussis quatuor receptis obligationis privatæ principalis, Contractu, quasi contractu, Maleficio, quasi maleficio. Huius divisionis usus. Has caussas quatuor recte statui solas. Non repugnare obligationem ex pollicitatione, & voto, non divisionem Caii, quæ exstat in *L.* 1. in pr. *D. de obl. & act.* Non divisionem Modestini, quæ traditur in *L. obligamur*, 52. *D. eod.* & de ea quid sentiendum. Ad extremum demonstratio adhibita, cur ex superioribus factis quatuor omnium obligationum, quæ ex facto sint, caussæ ducantur.

Transitio, & divisionis superioris continuatio. I.
Obligationum caussas, seu facta, ex quibus nascitur obligatio, esse quatuor; & quæ huius partitionis usus. II.
Quadruplex illa partitio recta & plena, etsi nec pollicitationem contineat, nec votum. Et quare. III.
Cum illa Caii divisio, quæ est in L. 1. *in princ.* D. de O. & A. *tradita consentit, & quomodo.* IV.
Modestini divisio quæ est in L. 52. *in princ.* D. de O. & A. *non modo superiore Iustinianea inferior, sed multis partibus vitiosa. Quinque in illa peccantur, & quæ.* V. VI. VII. VIII. IX. X.
Superior, & recepta Iustiniani & Caii divisio retinenda. XI.
Caussas ista, & genera omnia obligationum complectitur; & quomodo. XII.

I. Cum a superioribus personis discesserimus, & earum rerum præstatione, quas supra diximus, tum vere dicitur nullam obligationem privatam, quæ quidem ex persona obligati nascitur; non aliunde obligato nasci, quam a facto aliquo præcedente, quod obligationi caussam præbeat.

II. Recte item dicitur, ea facta esse hæc quatuor, quæ apud Iustinianum posita sunt in *§. ult. Instit. de obl.* totidem scilicet obligationum caussas. Contractum; quasi contractum; Maleficium; quasi maleficium. Cuius divisionis usum hunc perpetuo in promptu habere debemus, ut quoties petetur aliquid tanquam debitum, quæreturque an inter privatos, qui conditione personæ nihil eorum debeant, quæ ante diximus, sciamus ex hac divisione iudicium fieri debere, hoc modo: ut si quod factum ex his generibus intervenit, sit obligatio, & quod inde debeatur: si nihil eorum intervenit, meminerimus extra has caussas non esse obligationem, eoque nihil deberi. Qua eadem ex re fieri intelligemus, ut & illie peti possit iudicio, quod debetur; & hic nulla sit actio, nulla petitio. Scilicet quia obligatio civilis, quam nunc quærimus, actionem parit, ut dixi; & vice versa nulla sit actio in personam, idest de eo quod debetur, nisi adversus obligatum, eoque nisi ex obligatione. *§.* 1. *Inst. de act. L. actionum. D. de obl. & act.*

III. Sed hæc ita, si modo non plures sint caussæ obligationum constituendarum in hoc genere, quam superiores quatuor. De quo quia, vel propter alia quædam facta, vel propter alios locos dubitari potest, danda est opera iam statim a principio, ut adversus eas dubitationes hæc nobis divisio recte constituatur. Ac primum duæ sunt obligationum caussæ in facto obligati positæ; quæ tamen superio-

re

re divisione non continentur, pollicitatio, & votum. Pollicitatione obligamur reipublicæ certis conditionibus. *L. 1. D. de poll.* Voto obligamur Deo, eoque & reipublicæ quæ votum exigit. *L. 2. §. 1. D. eod.* Neutra tamen harum caussarum ad ullum ex superioribus generibus quatuor pertinet. Id quod si constabit de pollicitatione, constabit etiam de voto: quoniam votum nihil aliud est, quam pollicitatio, qua voventes quid pollicemur Deo. Ac pollicitationem maleficium non esse, aut quasi maleficium constat. Quid enim delinquit, qui de suo largitur? Nihilomagis, quam qui donat, aut contrahit. Sed nec quasi contractus est. Etsi enim in utroque genere unius obligati factum versatur; nemo tamen in quasi contractu quod facit, ideo facit, ut obligetur, ut dicetur in eo genere. In pollicitatione contra ideo quisque pollicetur, ut præstet, quod pollicetur, eoque tantum pertinet polliceri. Multo minus pollicitatio est contractus. Nam contractus est duorum pluriumve in idem consensus, ut dicetur suo ordine. Pollicitatio autem est solius offerentis promissum. *L. 3. D. de poll.* Non ergo omnes caussas obligationum continet superior divisio, faciendumque videtur, ut & quintum genus adiiciamus, quo duo ista contineantur. Et fatendum est non contineri ista superiore divisione. Sed non eo minus recta est & plena divisio, si hoc statuerimus, divisionem poni debere in obligatione privata, quæ ex facto nascatur, quo & a nobis nunc refertur. Hoc genus obligationis ex superioribus caussis quatuor tantum nascitur; ex pollicitatione nullo modo. Nemo privatus pollicendo se quid privato præstiturum [1] pollicitatione obligatur. Certi enim iuris est, nec ex pacto actionem nasci. *L. iuris gentium. §. quinimo, D. de pact. L. legem. C. eod.* Quanto minus ex pollicitatione; quæ hoc minus continet quam pactum, quod pactum habet duorum consensum; pollicitatio [2] unius tantum offerentis voluntatem? *d. L. 3. D. de poll.* Quod ergo pollicitatione obligatur quis, tunc solum receptum est, cum pollicetur reipublicæ, cui & proprio quodam iure reipublicæ obligatur. Id ius in republica publici iuris pars est. Quare & ad ius publicum civitatum ac rerumpublicarum referendum est, & ponendum in ea obligatione, quam ex parte publicam esse diximus. Voti eadem ratio.

IV. Rursum multo plures caussas posuisse videri possit Caius etiam privatæ obligationis in *L. 1. D. de oblig. & act.* Sic enim scribit: ***obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis caussarum figuris.*** Hæ figuræ ut variæ, ita propemodum innumeræ. Non ergo, dicat aliquis, in his duo tantum ista genera reliqua quasi contractus, & quasi maleficium. Hæc enim nec sunt varia, nec innumera. Immo in his duo tantum genera reliqua de Caii ipsius sententia. Ait extra contractum & maleficium obligationes nasci ex variis caussarum figuris. Recte. Figuras enim vocat formas, idest species, caussarum idest factorum & negotiorum; quæ in contractum, aut maleficium non cadunt. Has species recte dicit esse varias, adde si placet, esse prope innumeras. Species tamen sunt; quas nihil prohibet ad certa & pauca genera referri, quorum & species sint. Quod & in proposito accidit. Ea enim genera sunt hæc in summa duo, [3] quasi contractus, & quasi maleficium, de quibus & Caius sensit. Non expressit hæc quidem in divisione: sed hoc se intelligere, in explicatione divisionis subiecta planum fecit. De his enim variis figuris caussarum agens postea

in *L.*

1) Ita & Loriot. *de Iur. Arte tr. 17. & seqq. axiom. 12. & seq.* addens tamen pollicitationem inter privatos dotis *L. 1. §. pen. de collat. dot.* & salarii *L. 56. §. pen. Mand.* exactionem producere.

2) Est enim solius pollicentis promissio, Govean. *in L. 5. ad L. Falc. n. 3.* non sequuta acceptatione Gomez. 2. *resol.* 9. *n.* 1. Dissent. Vacon. 5. *Declar.* 65. putans pollicitationem quoque habere duorum consensum, & post Connan. 5. *Comm.* 8. Fachin. 8. *Contr.* 64. quia in *d. L. 3.* non dicitur solius offerentis *consensus*, sed *promissum*. Quid igitur si præsenti & tacenti fiat promissio, pollicitatio erit, an pactum? Incerti rem certant; auctoritates & rationes hinc inde adducit Andr. ab Exea *lib. Pactorum n. 12. & seqq.* accedens n. 78. probatiori, ceu refert, sententiæ, quæ vult esse pactum, & Ioan. Bapt. Caccialup. *de Pact. Q. 5. n. 4.* Contra Gomez. 2. *Resol. 9. n. 2.* Fachin. *d. C. 64.* Parlad. 2. *rer. quotid. 3. n. 4. & 5.* (qui & hanc receptiorem esse testatur) quia non in hoc consistat discrimen, sed in eo quod ad pactum necessarius tractatus & ultro citroque conventio, non item ad pollicitationem. Turamin. *Epist. Academ.* 13. hoc amplius, posse etiam præsenti & consentienti fieri, uti Procuratori reipublicæ si is pollicitationem recipiat. Neque enim dici potest hoc casu pactum esse, quia id est consensus duorum in idem. Hic vero neuter consentit in pactum. Nec consensus Procuratoris vitiat pollicitationem, quia et perfectæ accedit, ad exsequendam non ad perficiendam obligationem; neque eius substantiam ingreditur, quia non solent quæ abundant vitiare. Nec definitur pollicitatio in *L. 3. h. t.* sed docetur quomodo differat a pacto. Differt autem non in eo quod hic nequeat adesse consensus recipientis, sed quod is, si adsit, pollicitationem non ingrediatur. Ita Turamin. Quin & præsenti fieri debere pollicitationem probat Cuiac. 26. *Obs.* 19. ex vocula *offerentis* in d. *L. 3.* iunct. *L. 25. Depos.* & ex *L. 9. de pollicit.* in verbis *apud rempublicam*. & quia per epistolam facta non valet *L. 5. d. Tit.*

3) Consentit Gifan. *in d. L. 1. in pr. n. 3* Vult. *in §. ult. I. de Obl. n. 4.* Sed de contractibus innominatis ea verba accipit, Hot. *in Comment. de praescript. verb.* Hopper. *Lib. 1. ποιθανῶν ad tit. I. de Oblig. pag. 3.*

in *L. 5. alias. L. 4. §. 1.* usque ad fin. *D. de obl. & act.* plerisque & his longe dissimilibus propositis, eas generibus distinguit, & hæc duo tantum facit, ac verbis ita notat, ut in alio quasi contractum, in alio quasi maleficium nominet, ad quæ istas caussas dicit referri. Non dubium igitur, quin & hæc ipsa duo in divisione superiore Caius intellexerit. Quæ cum essent tum aperte ex eius sententia, deinde translata sunt expressius in divisionem Iustiniani, mentem Caii ita interpretantibus iis, qui divisionem in *Institutiones* transtulerunt. Quod illos ita esse interpretatos liquet ex eo, quod in explicatione istorum generum duorum exempla, atque adeo verba ipsa Caii quæ ad illas varias caussarum figuras pertinebant, per omnia retinuerunt: cum tamen proponerent se agere de his obligationibus, quæ quasi ex contractu, & quasi ex maleficio nascuntur, generibus ante in divisione summa propositis. Et hæc quidem Caii sententia est, cum divisione Iustiniani superiore plane consentiens. Quod si de re quæritur, ne hoc quidem verebimur, ne non omnes species caussarum, ex quibus obligatio & actio in personam oriuntur, etiam illæ quas commemorat Accursius in *d. L. 1. de oblig. & act.* ad superiora quatuor genera recte referantur, contra quam ille sensit. Quod cum ad singula genera ventum erit, intelligetur.

V. Sed rursum tertio loco nos impedit divisio Modestini, quæ traditur in *L. obligamur, D. de obl. & act.* ubi ille pro quatuor caussis, quas supra diximus, octo posuit, his verbis: *Obligamur*, inquit, *aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato*. Sed sciamus in hac tota divisione caussas ex quibus obligatio oritur, non plures positas esse, quam superiores quatuor. Si qua autem præterea membra addita hic sint, eas non esse caussas, ex quibus seu propter quas obligatio nascitur, de quibus nunc quæritur. Id ita facile potest intelligi. Nam species quatuor illæ, quibus obligari nos dicit re, verbis, simul utroque, consensu species quidem plures sunt distinctæ inter se, sed quæ ad unum genus referuntur, contractum. Contrahitur enim his modis obligatio, re, verbis, consensu. Eaque rursum contractus divisio est posita in *d. §. ult. Inst. de obl.* Quare & hæc satis complectitur, qui contractum nominat. Quod & solum faciendum fuit ei, qui in divisione genera ipsa proponeret. Quæ deinde singula in suas quæque species partiretur. Quod a Caio & Iustiniano recte servatum est. Quod autem dicit Modestinus obligari nos ex peccato, id ipsum exprimit, quod superiore divisione dicitur, obligari nos ex maleficio, aut quasi maleficio. Nam peccatum hæc duo genera continet. Quod si quis contineri non putabit (de quo postea suo loco) fiet hoc modo, ut potius desit aliquid divisioni Modestini, quam illi propositæ superiori. Quod addit obligari nos *lege, iure honorario, necessitate*, apparet quidem membra hic esse, quæ non sint in divisione Caii & Iustiniani: Sed non sunt hæ caussæ, propter quas obligatio nascitur. Indicant tantum ius, quod constituit obligationem, de quo nunc non agitur. Non enim quærimus, quo iure constituatur obligatio, sed quibus ex caussis. Caussæ vero non sunt plures, quam illæ superiores quatuor, vel auctore Modestino, qui pauciores posuit; plures certe non enumeravit. Nihil habet igitur ista Modestini divisio, cur in caussis obligationum, de quibus agitur, quidquam divisioni superiori Iustiniani deesse debeat existimari. Sed tamen restabit adhuc hæc dubitatio. Nam cum alia sit divisio Iustiniani; alia Modestini, quæretur si una recta est, quomodo non sit altera vitiosa: & si una vitiosa, utra rectior, & ea quam sequi oporteat. Et si verum dicendum est; quod interpretes senserunt, idem ego statuo de divisione ista Modestini, non esse illam idoneam, ne quid amplius dicatur, qua in hac re utamur, nedum illi alteri opponere debeamus. De ea quidem Accursius ita scribit ad *d. L.* 4 *obligamur*, ad verbum, *lege obligamur*, in fin. *glossæ*, ut dicat, *eam divisionem non esse solemnem, eoque non esse in arbore actionum.* Sed quid illi, aut ego de illa sentiamus, nihil ad rem pertinet. Movebit alios potius scriptoris auctoritas, & quod divisio in Pandectas relata est. Ne ergo ob eas caussas divisio nos fallat, operæ pretium est, quod sine ullo præiudicio dictum sit, paucis animadvertere vitia eius divisionis, non illa quidem in rebus, in quibus ius a Iustiniano constitutum non muto, neque licet; sed in ratione dividendi & definiendi: cuius peritia non ad Ius, sed ad alias artes pertinet. Idque eo magis faciendum, ut his vitiis animadver-

4) Et Goth. *in not. ibid.* confundi a ICto caussas iuris cum caussis facti. Gifan. *ibid. n. 2.* voculam *obligamentis* non proprie & stricte a ICto sumi in *d. L. 52.* sed latius ut omnia facta contineat, aliquem effectum habentia.

sis, libentius & certius in divisione Iustiniani superiore acquiescamus. Et sunt divisionis Modestini quinque hæc vitia.

VI. Primum, quod cum obligamur lege, aut iure honorario; hæc membra distinxit a prioribus, quibus obligamur re, verbis, consensu, item & a posterioribus, quibus obligamur necessitate, aut ex peccato; quasi prioribus aut posterioribus modis non obligemur lege, aut iure honorario. Quod non ita est. Sive enim obligemur ex contractu, sive ex peccato, & sive re, sive verbis, sive consensu solo, semper obligamur lege aut iure honorario, nec aliter constituitur obligatio. Unde omnes obligationes dicuntur esse civiles aut prætoriæ, idest iure civili in quo lex est, vel honorario constitutæ aut receptæ, §. 1. *Inst.* Et ipsa obligatio generaliter definitur vinculum iuris *eod. tit.* in pr. Et vice versa quæcumque obligationes sunt ex lege aut iure honorario, sunt omnes ex una aliqua harum caussarum, quas diximus. His enim caussis postea subiiciuntur a Iustiniano eæ obligationes, quas prius civiles & honorarias dixerat. §. *ult. eod. tit.* Ut ergo per se maxime verum sit obligari nos lege, aut iure honorario: tamen hæc subiici eidem divisioni, & distingui a cæteris membris eius divisionis certum errorem obiicit, quasi in cæteris non eodem modo obligemur: quod si obligamur, incidit res in manifestum vitium divisionis.

VII. Secundum vitium est, quod Modestinus inter modos constituendæ obligationis, seu inter caussas ex quibus obligatio nascitur, retulit ius, quo obligatio constituitur. Nam lex & ius honorarium sunt iura, quæ constituunt obligationem. Hoc quoque vitiose. Multum enim interest inter ius, quod constituit obligationem, & caussas, propter quas iure obligatio constituitur. Multum interest, utrum quæramus, quo iure obligatio constituta sit, an vero quibus ex caussis. Unde ista bene distincta sunt, & comprehensa propriis divisionibus apud Iustinianum. *tit. de obl.* Nam cum quæritur, quo iure constituatur obligatio, id explicatur propria divisione, qua dicuntur omnes obligationes aut civiles esse, aut prætoriæ. Cum autem quæritur, quibus ex caussis nascatur; id rursum alia divisione proprie ad eam rem accommodata explicatur, cum dicitur omnis obligatio aut ex contractu esse, aut ex quasi contractu, aut ex maleficio, aut ex quasi maleficio. Hæc autem Modestinus quasi ad eamdem divisionem pertinerent, miscuit.

VIII. Tertium vitium est, quod eam obligationem, qua obligari nos dicit necessitate, distinxit a duabus prioribus, quibus scilicet lege aut iure honorario obligamur. Non minus vitiose, quam superiora. Quisquis enim lege aut iure honorario obligatur, is necessitate obligatur, quoniam legi parere necesse est. *L. 2. D. de legib.* Quod si Modestinus hic intelligit necessitate nos obligari, cum obligamur etiam inviti sine facto nostro, ut accidit necessariis heredibus, quo exemplo ille utitur; idem vitium est. Nam heredes non fiunt necessarii, nec necessario obligantur, nisi lege. §. *sui*, verb. *necessarii*, *Inst. de her. qualit. & diff.*

IX. Quartum vitium in definitione obligationis ex lege. Ille scribit lege nos obligari, cum *obtemperantes legibus aliquid secundum præceptum legis aut contra facimus*. Utrumque valde reprehendendum. Primum nemo obtemperans 5 legi lege obligatur. Exempli caussa, nemo obligatur, teneturve lege Aquilia, qui nulli damnum dat. Nemo lege Cornelia *de sicariis*, qui hominem non occidit, aut eorum quid non fecit, quæ ea lege vetantur. Eademque ratio est in cæteris legibus, quæ quid fieri prohibent. Quinimmo si prius obligaremur lege, ut quid faceremus, quod accidit, cum lex iubet aliquid fieri, tum desineremus lege obligari, cum legi obtemperantes id fecissemus, quod lex præcipit. Solus is obligatur, & tenetur lege, qui adversus legis præceptum commisit. Hic enim solus delinquit. Solus autem tenetur lege, idest lex coercendo in eum solum vim suam exercet, qui deliquit. Unde a Papiniano definitur lex delictorum coercitio. *L. 1. D. de leg.* Et

5) Sed Gifan *d. lo. n. 2. & 7.* huiusmodi exempla ponit. Testamenta condens, uxorem ducens secundum leges eo ipso facto se obstringit ut testamentum, matrimonium, iuxta leges dirigat. *ibid. n.* 8. posse & sic accipi, quod ex iussu legis oriatur obligatio ad parendum legi, arg. §. *seq.* Et sic puto debere intelligi ICtum. Hinc enim quæri solet an leges obligent in foro animæ seu conscientiæ, de quo alibi. Hinc Lex contractus vocatur a Vasq. *vid. supra Cap. 4. not. 1.* Nec obstituit quæ hic noster contra. Nam verba aucupari non oportet in sententia aperta. Non hic sensus *d. §. 5.* quod obtemperatio sit caussa pariens obligationem, sed quod hæc vis legis, ut parere cogat, ac necessitatem faciendi, quod iubet, omittendi quod vetat, iniungat. Atque sic facilis solutu obiectio ista: At hac ratione postquam paritum est legi, obligatio sublata erit. Nam resp. Sublata erit recte; si Lex aliquid semel tantum fieri exigat. Alia aperte ratio est legum Aquiliæ & Corneliæ, quæ non ut hodie, non damnum detur, homo interimatur, præcipiunt, sed omni tempore isthæc vetant. Summa hæc sit: Postquam omnia facta sunt quæ lex fieri vult, soluta est legis obligatio, quoad eum qui fecit, non autem si quid faciendum supersit. In quo nihil prope diversum a solutione propriæ sic dictæ obligationis. Aliter, sed incommode exponit *d. §. 5.* Cuiac. 17. *Obs.* 18.

Et hoc est, quod Divus Paulus scripsit. 1. *ad Tim.* 1. *C.* legem iusto non esse positam, sed maleficis & delinquentibus. Recte, continet enim lex delicti coercitionem ex superiore definitione, adversus eos inutilis, qui sponte faciunt, quæ sunt legis. Delicti autem coercitio iusto posita non est: quia iustus legi parens non delinquit. Quod autem Modestinus scribit lege obligari nos, cum contra legis præceptum facimus; recte dicit, idque solum verum est, ut modo ostendimus. Sed tum male hoc membrum distinguit ab ea obligatione, quæ ex peccato nascitur. Nam hoc ipsum contra legis præceptum facere, nihil aliud est, quam peccare; nec quisquam isto facto obligatur, nisi ex peccato. Uti nec contra ex peccato quisquam, nisi qui contra legem fecit.

X. Quintum vitium est, quod cum nulla Modestinus non necessario dixit ad caussas obligationum indicandas, non tamen dixit omnia. Omisit enim quasi contractum, quem certum est omnibus iis membris, quæ posuit, non contineri. Illud quidem constat in quasi contractu non oriri obligationem aut ex contractu, aut ex peccato. Sed nec obligatio est ex lege, ut quidem ipse lege nos obligari definit. Ex iure honorario nullo modo, quia obligatio ex quasi contractu omnis ex iure civili est, ut suo loco dicetur. Ac ne ea quidem obligatio est in hoc genere, qua obligamur necessitate, id est, ut ipse interpretatur, inviti: quoniam qui ex contractu obligatur, sæpe facit volens, cur obligetur.

XI. Quæ cum ita sint, non iam dubitabimus in caussis obligationum quærendis, utra nobis ex superioribus divisio sequenda sit, si res in contentionem veniat, istane Modestini, an illa Caii & Iustiniani recepta, qua statuuntur caussæ superiores genere quatuor. Contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Immo vero si ista comparentur, hanc ipsam posteriorem tanto magis retinendam intelligemus, non solum quod in illa Modestini nihil est, quod quidquam mutet in caussis obligationis: sed etiam quod cæteris rebus ita comparata est, ut ipsa per se potius tanquam magna ex parte vitiosa & fallax omittenda videatur. Sed in superiore & recepta divisione tum certius confirmabimur, cum cur dicantur obligationes ; ex illis quatuor caussis nasci, & quam non possint nasci ex aliis, animadverterimus.

XII. Omnis, quæ ex facto aliquo nascitur obligatio, aut ex facto obligati nascitur, aut ex alieno: facto suo obligatur quisque vel ex consensu, vel sine consensu. Ut quisque consensu alteri fidem dedit se ei quid præstaturum, eum illi fidem servare & præstare, quod promisit æquum est, nisi quid lex iustis de caussis actionem impediat. Is consensus de re aliqua præstanda, contractus est. Extra consensum duo sunt in facto nostro, quæ nos aliis eo facto ipso iure obligent, rerum alienarum administratio suscepta, & delictum. Administratio rerum alienarum, id genus est, quod quasi contractum vocamus. Sic dictum, quod cum hic neque sit maleficium, neque contractus, propius tamen ad contractum accedit. Manifestum est enim nihil delinquere eum, qui alienarum rerum curam suscipit, ut domino consulat. Delictum, id est factum id, quo nocetur alteri, iure ita coercetur, ut sarciat alteri, quod abstulit. Id duplex est, maleficium, quod proprie delictum est, & quasi maleficium, in quo non tam delictum apparet. Quanquam si vere iudicare volumus, uno maleficii & delicti genere continentur omnia, quæcumque extra contractum & quasi contractum nos tenent. Nam & quod quasi delictum & quasi maleficium nominatur a Caio & Iustiniano, vere delictum est & maleficium, ut dicetur suo loco. Sed tamen quia id non tam apparet, partitione recepta docendi caussa nunc utemur. Quæ si genera tam in unum conferre volumus, efficiuntur nimirum illa summa quatuor, quæ posuimus; contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Alieno etiam facto interdum obligamur & quidem inviti, neque id fine iusta caussa. Quod fit, cum quis res nostras utiliter gessit. Et sane, inquit idem Caius, sicut æquum est ipsum actus sui rationem reddere, & eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit, gessit, vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, præstari ei quidquid eo nomine vel abest ei, vel absuturum est. *L.* 2. *D. de neg. gest.* At hic non novum genus nascitur diversum a superioribus, sed hæc eiusdem administrationis portio est, & eius quem quasi contractum dicimus. Unde & eo casu istarum rerum quæ supra scriptæ sunt, ultro citroque nascitur actio, quæ appellatur negotiorum gestorum. *d. L.* 2. *de neg. gest.* Proinde & ab hac parte manent eadem genera superiora.

CAP. VI.

In obligationibus ex contractu primam quæstionem esse de contractu, unde obligatio nascitur. Contractus quid, & quibus rebus perficiatur.

Nexus & ratio ordinis. I.
De nomine contractus, eiusque definitione quo alio in loco accurate satis tractaverit auctor. II.
Proposita definitio contractus quomodo sit ex usu iuris auctorum ostenditur. III. & seqq.
Præcipuæ definitionis partes exponuntur. IV. V. VI.
Theophili definitio mutila & obscura. VII.
Conclusio capitis. Tria in quibus vis omnis & natura contractus cernitur; & quæ. VIII.

I. DEinceps igitur de singulis ordine videamus, ac primum de obligatione, quæ nascitur ex [1] contractu, quando hoc genus primum occurrit in superiore partitione. De quo ita recte, & commode, ac compendio cognoscemus, si ordinem a nobis supra institutum secuti, dixerimus de his duabus rebus ordine: Primum de caussa huius obligationis, idest contractu, ut semper caussa suo effectu prior est. Deinde de effectu idest obligatione, quæ inde nascitur; quid hæc contineat scilicet, & quas habeat præstationes. Nam tertium illud, quibus modis solvatur obligatio, commune est omnium obligationum. Idcirco reiiciendum in extremum locum eum, qui est de solutionibus & liberationibus; ubi & de hac parte in commune dicatur, quod non minus ad hoc genus pertineat.

II. Obligationis ex contractu caussa summa una est, contractus: cum ita dicamus obligationem hic esse ex contractu. §. *ult. Inst. de obl.* Quapropter si scierimus quid sit contractus, & quibus perficiatur rebus, simul, qua ex caussa, quove modo hinc obligatio nascatur, noverimus. Quid sit contractus & significatione verbi, & usu auctorum iuris, exposui diligentius ad *L. 1. D. si cert. pet.* & quæ de hoc verbo dubitationes esse solent, expedivi. Nunc tantum dicam, quod instituto nostro conveniat, quodque valeat ad intelligendum id, quod quærimus.

III. Contractus est duorum pluriumve consensus in hoc, ut unus alteri quid det aut faciat, iure ad eam rem & præstationem comprobatus. Nusquam exstat aut hæc, aut alia exacta & ex professo huius verbi definitio apud iuris nostri auctores, sed eæ sunt definitionis huius partes, quæ certis & manifestis locis & sententiis iuris confirmentur. Quod si ostendimus, vera & recta definitio est.

IV. Contractus [2] est duorum pluriumve consensus. Est enim omnis contractus [3] conventio. Nam & qui contractus in nomine conventionis non stant, sed transeunt in proprium nomen, dicuntur conventiones. *L. iurisgentium*, in pr. *D. de pact.* Conventio autem & pactio idem valent. Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum & consensus. *L. 1.* in pr. & *§. 1. D. de pact.* Quare omnis contractus est hic duorum, pluriumve in idem consensus atque conventio.

V. Sed non omnis consensus in idem, id est etiam in hoc ut quid fiat, contractus est. Duæ sunt res velut differentiæ, quæ conventioni tanquam generi superiori additæ contractum perficiunt, quas reliquis verbis definitionis complexi sumus. Una est, ut sit consensus in hoc, ut unus alteri quid det aut faciat, uno verbo, ut præstet. Nam conventio utilitate & proposito acquirendi duplex est. Aut enim id agitur, ut quid præstetur, aut contra ne

1) Interdum latius accipitur & significat quodcumque cum alio gestum ut in *L. 11. §. 5. cir. fin. de minor.* & continet in se quasi contractum *L. 1. §. debitum 6. de pec. const. L. pen. in fin. de separat. Pac. 2. Q. 91.* Videtur contractus triplex acceptio reperiri. Latior ut & delicta comprehendat *L. omnem 20. de iudic.* Propria ut hoc loco: & strictior ubi tantum contractus consensu perfectos denotat, quando scilicet opponitur gesto *L. 19. de V. S.* vel facto, ut in edicto de *Capite minutis*.

2) Hotom. 1. *an cab* 2. definit, quid sit: Conventio iuris civilis de negocio gerendo, quod civilem tum obligationem parit. Cuiac. *ad L. 7. de pact.* ita: Conventio (*genus*) & negotium (*differentia*) ex quo obligatio nascitur. Quæ verba supervacue adiecta contendit Vult. *in pr. I. h. t. n. 33.* quia in voce *conventionis* implicite insint, Ideo mavult sic: Conventio habens caussam, per *L. 15. de præscr. verb.* Quomodo autem contractus caussam vel negocia in se habeant, non item pacta, exponit ibid *n. 36.* Vid. de definitione contractus P. Nicol. Mozz. *de Contract. in Genere Art.* 2. Gœd. *ad L. 19 de V. S.* Forst. *de pact. C. 4. pag. 64. & seqq.*

3) Conventionis nomen latius *L. 1. §. 3 L. 7. §. 4. de pact.* & pacto quoque convenit *L. 3. de pollicit.* Duar. 2. *Disp.* 8. Rævar. 1. Greg. Lopez. *Animadv. C. 8. n. 11.* Diss. Tob. Parmeist. *Lib. 1. de Iurisd. C. 23. n. 5. & seqq.* contractum & conventionem Synonyma faciens, & Fab. *ad L. 23. de R. I.* contractum idem esse quod pactio, scribens.

ne debitor præstet, cum paciscimur, ne ab eo petatur. Hæc posterior conventio contractus esse non potest. Interponitur enim liberandi debitoris, & distrahendæ obligationis caussa. Contractus autem contrahendæ obligationis caussa est, unde & nomen: ut sit contrahere, una cum alio obligationem ad unum aliquem trahere. Non potest autem, quæ conventio contrahendæ obligationis caussa est, eadem esse distrahendæ. Restat igitur, ut quæ non potest esse consensus in id, ne debitor præstet, sit in hoc, ut quid præstet. Qua adiectione contractus a conventione liberatoria distinguitur. Hoc autem ut quid præstetur, nihil aliud est, quam quod Paulus in *L.* 3. *§.* 1. *D. de obl. & act.* aliis verbis expressit omnem contractum esse consensum in id, ut obligatio constituatur. Nihil enim necesse est præstari, nisi obligationis iure; nec ulla obligatio est, nisi quid præstetur, ex definitione. Hæc præstatio duplex est, vel ut quid detur, vel ut quid fiat. Unde omnis stipulatio esse dicitur aut in dando, aut in faciendo. *L.* 2. *D. de verb. obl. §. ult. Inst. eod.* Et quod de stipulatione dicitur, pertinet ad omnes contractus: quorum magis confirmandorum caussa adhibentur stipulationes conventionales, pendentque hæ ex negotio contracto. *L.* 5. in pr. *D. de verb. obl.*

VI. Nondum satis. Altera res differentiæ caussa adiicienda est, ut sit hic consensus 4 iure civili ad eam præstationem, de qua convenit, comprobatus: ut sit videlicet consensus interpositus ille quidem ad constituendam obligationem: sed idem eiusmodi, ex quo etiam obligatio re ipsa consequatur. Quod ita futurum est, si sit consensus ad eam rem iure comprobatus. Hoc nisi fit, quæcumque erit conventio ad quid præstandum interposita, non erit contractus; quia non erit ea conventio, qua obligatio contrahatur. Quale nunc contractum intelligi volumus.

VII. Et ideo non satis scite Theophilus, qui contractum definiens apud Iustinianum in superiore divisione *Tit. de obl.* priora illa duo tantum complexus est, tertium omisit. Ait enim contractum esse duorum pluriumve consensum & conventionem ad constituendam obligationem, seu ut unus alteri fiat obnoxius. Conveniunt cætera. Nam ut constituatur obligatio, valet, ut præstetur uni aliquid ab altero; quoniam omnis obligatio est vinculum, & necessitas alicuius rei præstandæ, ut ante dixi. Sed nihil addidit amplius. Quo sane modo falsa est definitio. Argumento est certissimo pactum nudum, quanvis interpositum permutationis caussa. Nam si convenerit inter nos, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis nomine; est hæc quidem conventio duorum placitum & consensus in hoc, ut alter alteri quid demus, atque ita inter nos constituatur mutua obligatio, iuxta Theophili definitionem. Hic tamen consensus non est contractus. Nam ex omni contractu nascitur obligatio quæ actionem pariat. *§. ult. Inst. de obl.* Ex hoc autem placito solo non nascitur actio, ut in specie permutationis diserte scriptum est in *L. ex placito, C. de rer. permut.* & generaliter efficit regula iuris, ex pacto nudo actionem non nasci. *L. legem. C. de pact. L. iurisgentium, §. quinimmo. D. eod.* Non ergo statim consensus duorum ad constituendam obligationem interpositus, si nihil aliud addideris, est contractus. Ac proinde non est vera Theophili definitio. Addendum igitur illud tertium, ut cum consensus intervenerit, & consensus ad dandum aliquid aut faciendum, vel ut Theophilus loquitur obscurius, ad constituendam obligationem, hoc etiam accedat, ut sit is consensus, ex quo etiam iure civili obligatio nascatur. Quod ut dixi, ita fit, si consensus ad eam obligationem & præstationem eodem iure comprobetur. Quo addito, tum fit plena & vera definitio. Sic enim exsistit ea conventio, ex qua etiam obligatio civilis contrahitur, unde & contractus nomen.

VIII. Ex his potest intelligi contractum omnia tria desiderare, totidemque rebus constare ac perfici. Primum est, ut sit duorum pluriumve in idem consensus, & uno verbo conventio. Alterum, ut conventio in hoc, ut quid detur, aut fiat: vel aliis verbis, ut obligatio constituatur, ad dandum scilicet, aut faciendum. Tertium, ut hæc ipsa conventio ad eam rem id est ad eam præstationem & obligationem iure comprobetur, quo scilicet ut placet hic obligationem constitui, ita re ipsa ex eo consensu & conventione nascatur. Quæ tria cum substantiam contractus omnis contineant, & habeant suam vim eamque distinctam per se singula, quam ad eam substantiam conferant: in primis autem late pateat tertium, in quo quæ-

4) P. Fab. *ad d. L.* 23. ex auctore vetustæ epitomes contractum initio inde dictum quod paciscendo diversas, in idem contrahimus voluntates: *Mosc. de contract. in genere art.* 1. *n.* 15. quasi contra actum.

quæritur, quid ius hic comprobet: amplius singula, & distincte nobis cognoscenda sunt, & quam vim habeant, quidve contineant, considerandum. Ita fiet, ut si omnia, quæ in his erunt, concurrent, aut certe cur non sint, nihil repugnet, certe statuamus contractum esse constitutum, atque hinc obligationem ex contractu. Sin quid eorum deerit, sciemus tot esse impedimenta, quibus efficiatur, ne sit contractus, neve hinc obligatio ex contractu.

C A P. VII.

Nullum contractum esse sine consensu & conventione. Tum quam varie, & quibus rebus fiat, ne sit consensus: eoque ne ab hac parte contrahatur obligatio.

Consensus in omni contractu necessarius. I.
Ideo & sine consensu nulla nec extat conventio, nec contrahitur obligatio. II.
Consensus abest aut propter unius factum dumtaxat, aut propter utrinsque contrahentis dissensum. III.
Quæ, unius facto consistunt, a contractibus longe distant; & quæ sint eiusmodi. IV.
Dissensus contractui nocet. Arguitur ille aut ex rebus externis, aut ex conceptione conventionis. V.
Dissensum faciunt in externis rebus, error promittentis; extorta voluntas; & propositum contrahentium. VI.
Error aut in persona, aut in re promissa. Quid sit uterque. VII.
In materiam rei promissæ incidens emptionem vitiat, non autem stipulationem. Et quæ discriminis ratio. VIII.
In nomine rei proprio, aut personæ interveniens, si a promissa re absit, & a persona, qua cum res geritur, non nocet. IX.
In caussa dandi qui errat, ex stipulatu conventus doli exceptione utitur. X.
Voluntas extorquetur dolo malo, aut aperta vi. Utrumque consensui contrarium, adeoque contractui. Bonæ fidei contractus, dolo aut vi interveniente, ipso iure nulli. Contractus stricti iuris exceptione tolluntur. Ratio differentiæ. XI. XII.
Propositum contrahentium conventioni contrarium quot modis noceat contractui. XIII.
Simulati contractus, seu imaginarii qui, & unde dicti; & quatenus valeant. XIV.
Consensui officit & conditio in conventione; & quomodo: ea si exstiterit, valet ab initio contractus sub conditione conceptus. XV.
Contractum tamen ab initio faciunt irritum conditio impossibilis, & quæ in arbitrium promittentis confertur. Quæ utrinsque ratio. XVI.
Si tamen posterior ipsa fuerit expressa conditio; & quæ illius exprimendæ forma. XVII.

I. PRrincipio hoc tenendum est, omnem contractum esse consensum & [1] conventionem. Ut conventio genus sit; conventionis species contractus. Nam, ut dixi, & contractus iuris gentium, ut emptio venditio, locatio & conductio, & similes, dicuntur ab Ulpiano iuris gentium conventiones. *L. iuris gentium*. in pr. *D. de pact.* Quod si quis in hoc genere conventionem & consensum ita accipit, ut hunc faciat contractus partem, ut interdum loqui videntur nostri auctores (de quo scripsi ad *L.* 1. *D. si cert. pet.*) at certe illud constat, quod eodem redit, nullum esse contractum sine consensu & conventione. Id Pedius ita expressit ut refertur in *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* ut diceret nullum esse contractum, nullam obligationem (idest nullum factum mutuum, quo se aliqui inter se obligarent) quæ non habeat in se conventionem: idest consensum, ut paulo post ibidem interpretatur. Et si quidem fiat consensu, ut in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis, nemo dubitat. At quid si fiat re, aut, verbis? Nam & hæc

1) Ut homines conveniunt qui ex diversis locis in unum, & flumina, quæ in unum confluunt, sic qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt *L.* 1. §. 3 *de pact. ubi* Cujac. Et Hot. *ibid.* verbum *conveniendi* a corporibus ad animos translatum esse.

& hæc genera numerantur a veteribus, distinguuntúrque ab iis contractibus, qui consensu fiunt. *d. L.* 1. §. 1. *D. de obl. & act.* §. *ult. Inst. de obl.* Quorsum, nisi ut intelligatur in his consensum desiderari, in illis non item, sed rem & verba sufficere? Immo in universum Pedius, nullum contractum esse ait, qui non habeat in se conventionem, & ne qua supersit dubitatio, addit; sive re, sive verbis fiat. Ut intelligamus istam divisionem non sic accipiendam, quasi sint aliqui contractus, qui consensum habeant, alii qui sine consensu constent solum re & verbis: sed hanc significationem habere, ut sint, qui consensu fiant, idest solo consensu: quidam ita constent consensu, ut hic non consistant, sed re addita, aut verbis perficiantur. Cæterum neque hos contractus neque alios ullos sine consensu esse posse. Et ideo, inquit, etiam stipulatio, quæ verbis fit, nisi consensum habeat, nulla est. Idem in *L. inter* 83. §. 1. *L. continuus*, 137. §. 1. *D. de verb. obl.*

II. Sic ergo statuamus ex diverso, quæcunque hominum actio est ad aliquid præstandum, & obligationem constituendam seu vere, seu verbis in speciem comparata, si in ea duorum consensus ad eam rem non erit, illic ut nec conventio est, sic nec contractum esse, nec contrahi obligationem. Tantum hoc nobis constitutum esse debebit ad hoc genus obligationis ab hac parte removendum, ubi non sit hic consensus.

III. Et ut ne sit iste consensus in eo quod fit, geritur, duabus rebus efficitur; vel quia unius tantum factum intervenit; vel quia ita res geritur inter duos, quorum unus promittit alteri, ut tamen verbis res ita geratur, re autem vera non consentiant, qui inter se agunt.

IV. Unius tantum facto ad obligationem interveniente, nunquam contractus exsistit; quia non est hic duorum consensus, quem contractus desiderat. Hac nota distinguuntur a contractu hæc; supremæ voluntates testantium; inter vivos pollicitatio; quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Suprema voluntas, veluti heredis institutio, legata, fideicommissa, unius tantum testatoris voluntas est, nihil hic cum herede aut legatariis geritur. Ideo, supremæ voluntates toto genere a contractibus distant. Et hoc est quod dicitur in *L. verba*, *D. de verbor. signif.* verba *contraxerunt*, *gesserunt*, non pertinere ad testandi ius. Hoc enim significatur, si qua lex his verbis utatur, horum appellatione supremam voluntatem non contineri. Quippe illa contractuum verba esse: supremam voluntatem contractum non esse. Pollicitatio, ut supra dixi, est unius tantum offerentis promissum. Contractus duorum consensus; certe non sine consensu & conventione, a qua ideo distat pollicitatio *L.* 3. *de poll.* Non est igitur pollicitatio contractus. Unde intelligimus ex pollicitatione privatis nullam actionem esse, postquam ex ea specialiter nusquam actio data est iure. Nam generaliter ex hac parte non dari indicant definitiones: cum hic dicamus obligationem nasci ex contractu; pollicitatio autem, detracto consensu, non fit contractus. Quasi contractus, maleficium, quasi maleficium, in divisione proposita aperte a contractu distinguuntur. Distinctionis nota & ratio hæc est, quod contractus habet duorum consensum inter se: in his autem reliquis generibus tribus versatur unius tantum factum, ex quo obligatio nascitur. Sane in quasi contractu hic usus est iuris auctorum, ut interdum vocetur absolute contractus; ut tutela in *L. ex contractibus*, *D. de obl. & act.* negotiorum administratio in *L. sed & cum*, *D. de neg. gest.* Sed ita dici ista constat abusive propter similitudinem, quæ ipsis est cum contractu, a qua & quasi contractus nominantur. Nec novum est, ut quæ ad alterius similitudinem inducta sunt, assumant nomen rei, cuius similitudinem gerunt. Ut, hypothecaria actio de pignore non est vere actio Serviana, sed introducta ad exemplum Servianæ, qua ratione etiam dicitur usitate quasi Serviana. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Verumtamen propter hanc similitudinem interdum dicitur absolute Serviana, ut *L.* 3. *D. de pign.* Idem accidit & in quasi contractu, sicubi & hic appellatur absolute contractus. Nam revera contractus non est, in quo non geritur res duorum consensu, ut diserte traditur in *L.* 5. in pr. *de obl. & act.* de quo plura scripsimus *ad L.* 1. *D. si cer. pet.*

V. Sed etsi res geratur inter duos, quorum unus alteri quid promittat verbis, si hi inter se re ipsa dissentiant, nulla contrahitur obligatio, aut certe non utilis. Exsistit hic dissensus sæpe etiam in contractibus quam optime, secundum verba ad obligationem compositis. Arguitur autem partim externis quibusdam rebus, partim conceptione ipsa conventionis.

VI. Externæ res, quæ faciant dissensum in eo, de quo agitur, eoque & contra-

tractui obstent, tres sunt; [2] error promittentis; extorta voluntas; & propositum contrahentium obligationi & conventioni institutæ contrarium.

VII. De errore hæ sunt veterum sententiæ: Error non habet consensum: item non consentiunt qui errant; item, nihil tam consensui contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit. Hæc in *L. 2. D. de iud. L. si per errorem, D. de iurisd.* Sive igitur qui promittit, erret in persona eius, cui promittit, sive in re promissa, quorum utrumque stipulatione continetur, omnino non obligatur, quia non consentit propter errorem, qui est in his rebus. Errat promissor in persona eius, cui promittit, cum, puta, Sempronio stipulanti promittit se daturum, dum hunc putat esse Titium, cui soli promissum volebat. Qui ita promisit, neutri obligabitur; neque Titio, quia huic non promisit, neque Sempronio, quia in eum errans non consensit. *d. L. si per errorem, de iurisd. d. L. 2. de iud. arg. in L. quoties*. 9. in pr. *D. de her. inst.* In re promissa errat, qui stipulanti Stichum promittit, cum de alio servo sentiret, quam stipulator. In quo etiam errore placet nihil agi, & hoc propter dissensum, quem error arguit. *L. inter* 83. *§. 1. L. continuus* 137. *§. 1. D. de verbor. obligat.*

VIII. Quid si non in corpore rei promissæ errent contrahentes, sed in materia rei dumtaxat: ut si in anulum certum consentiant, sed qui aureus putabatur, cum æs esset forte inauratum? Placet in hoc errore, si quidem ematur anulus, emptionem non valere. *L. in venditionibus. §. 1. D. de contr. empt.* Si quis autem hunc stipuletur, valere [3] stipulationem, & teneri promissorem huius æris nomine. *L. si id quod aurum. 22. D. de verb. obl.* Recte utrumque. Non enim potest hic contrahi emptio de eo anulo, quin simul emptor ad pretium constitutum obligetur venditori. In hoc autem pretium emptor non consentit. Neque enim æs unquam tanti emeret, quanti aurum; atque adeo ne ullo quidem pretio æs unquam emeret. At in stipulatione nihil est, quod impediat stipulationis consensum in corpore, si de corpore ipso convenit. Nihil enim ille debet vicissim præstare eo nomine ex stipulatione, ut propterea debeat metuere eius stipulationis obligationem. Quare recte fit, si ei conceditur uti stipulatione in id saltem corpus, in quod stipulatio concepta est. Sic enim fiet, ut si æs contemnat, liberum sit ei non petere. Sin mavult habere, saltem id consequatur, in quod potuit consentire; & quia sine damno hic consensus est, videtur etiam consensisse. De quo plura scripsimus, quæ ad hunc locum pertinebant, ad *d. L. si id quod aurum*.

IX. Sed meminerimus errorem exigere nos in persona ipsa, cum qua res geritur, & in re promissa; propter dissensum videlicet, qui de his rebus non potest non esse in eo, qui in his erravit. Diversum est, si erretur in nomine proprio personæ aut rei de qua agitur, dum de persona & re ipsa constabit. Nihil hic error de consensu in eamdem personam & eamdem rem mutat. Cum ut bene scriptum est in *§. si quidem in nomine, Inst. de leg.* nomina inventa sint significandorum hominum & rerum gratia, si quo autem alio modo intelligantur, nihil intersit. Ideo placuit errorem in nomine neque institutioni heredis, neque legato neque stipulationi nocere. *L. 4. C. de testa. d. §. si quidem Inst. de leg. L. si in nomine. 32. de verb. obl.*

X. Sed etsi erret quis in caussa dandi, existimans se debere ex aliqua caussa,

2) *L. 116. §. ult. de R. I.* Error quis ac quando impediat consensum ut non valeat quod actum est, vid. Zas. *ad L. cum fundus* 31. *§. 1. de reb. cred. n.* 14. *& seq.* Pac. *1. enant. Q.* 59. Cuiac. *ad L. 9 de Contr. empt.* Gœd. *de Contr. stip. C. 3. n. 7. & seqq.* Fab. de Monte *Tr. de Empt. Q. 5. principali n. 57. & seqq.*

3) Ita & noster *ad d. L. 22. n. 4.* aliorum rationem quæ in eo quod emptio bonæ fidei stipulatio stricti iuris, ut Duar. *ad d. L.* 22. Pac. 1. *Q.* 59. refellens (1) exemplo pignoris *L. 1. in fin. de pig. act.* (2) Quia si in materia erratum; aut consensum est in corpus, & tanto magis contractus bonæ fidei ratus esse debet; aut non consensum & iden non valet, quod actum est, (quia consensus abest, quem non minus stipulatio requirit) & fere Cuiac. ibid. & Vult. *ad pr. I. de Empt. n.* 18. ne nimia sit prætii inæqualitas a iusto rei valore, & Bron. 2. *ass.* 53. Aliter Gœd. *de Contr. stip. C. 3. n.* 29. rationem reddens ex natura emptionis, ut pretium sit corpori æquivalens. Idcirco non tantum ad corpus, sed ad id quod in manu pretiom est, sed & ad materiæ bonitatem respectum haberi. Sed hæc ita, si materia toto genere diversa. Nam si non in totum erretur in materia, ex. gr. si aurum, quod quis se emere putabat, æris aliquid admistum habeat, consistit emtio *L. 14. de Cont. empt.* ubi Goth Vult. *ad pr. I. de Empt. n.* 19 item si inauratum sit, quando videlicet æs auro immistum, ac eum eo confusum, quia res quæ emitur, licet non in solidum, tamen ex parte aurea est, vid. Duar. *ad L. 22. de V. O.* Nec obstat *L. 41. § 1. de Contr. empt.* Ibi enim argentum non immistum, infusum atque unitum fuit ligno seu materiæ ex qua mensa confecta; sed mensa tantum operimento, seu lamina argentea tecta ac vestita fuit, Cuiac. 2. *Obs* 4. Quod operimentum mensæ pars non est, Don. noster *ad L. 22. de V. O. n.* 5. sicut vestis non est pars hominis, Bronch. 2. *ass.* 53. Gœd. *de Contr. stip. C. 3. n.* 46 Quare *in d. L.* 14. erratum in materiæ bonitate, in *L. 41. §. 1.* in eiusdem substantia, Baro. *Lib. 3. manual. ad tit. de Contr. empt.* Alii volunt in *d. L. 41. §. 1.* nominatim actum fuisse ut solida sit mensa; non item, in d. *L.* 14. Duar. *ad d. L.* 22. Curt. 2. *Conject. ad fratr.* 31. Male quia in contractibus bonæ fidei etiam quod tacite agitur pro cauto habendum, Cuiac. *ad d. L. 22. & 2. Obs. 4.*

ſa, ex qua dare eum non oportebat, & per hunc errorem promittat; ex ſtipulatione quidem obligabitur ſummo iure, quia vere voluit, conſenſitque tum in perſonam cum qua res geritur, tum in rem promiſſam; ſed ſi conveniatur, doli exceptione uti poteſt. *L. ſi quis cum aliter*. 36. *D. de verb. obl.* Exempli gratia: Teſtator legavit centum Titio, idem poſtea codicillis ademit quinquaginta. Heres ignarus codicillorum legatario & ipſi ademptionem ignoranti tota centum ſtipulanti legati ſervandi nomine promiſit. Non debuit ita promittere heres, cum ademptis quinquaginta, alia ſolum quinquaginta deberet. Promiſit tamen neque in perſona legatarii, neque in ſumma promiſſa errans; ſed errans in cauſſa debendi: cum ſe in centum putaret teneri ex teſtamento, quæ tamen non deberet. Subtilitate iuris ita erit obſtrictus, ut ſi conveniatur poſtea repertis codicillis, doli exceptione defendatur, quæ ſpecies eſt. *d. L. ſi quis cum aliter*. in fin.

XI. Voluntas promiſſoris extorta, voluntas non eſt. Non enim voluiſſet, qui cogitur, ſi voluntas illi expreſſa non eſſet. Extorquetur voluntas promiſſori malis artibus duabus; dolo malo adverſarii, aut vi aperta. Nam & dolus machina eſt, qua quis oppugnatur, & velut victus cogitur id velle, quod niſi dolo victus eſſet, noluiſſet. Unde dolus dicitur a noſtris machinatio ad circumveniendum aliquem adhibita, ut fit in bello adverſus hoſtes, quos capimus. Unde capti & decepti verba de iis qui falluntur. *L. 1. D. de dolo*, *d. L. ſi quis cum aliter*, 36. *de verb. obl.* Quidquid id eſt, qui deceptus dolo quid paciſcitur, dicitur nec paciſci, id eſt non conſentire. *L. qui cum tutoribus*, *§. qui per fallaciam*, *D. de tranſact.* Hinc ſi quis deceptus ab adverſario quid promiſit, contraxitve, placet eum non teneri. Diſſimiliter tamen in bonæ fidei contractibus atque in contractibus ſtricti iuris. In illis hoc ius eſt, ut ſi quis in hoc deceptus ſit, ut contraheret, puta venderet, quod alioqui venditurus non erat; aut ſocietatem contraheret cum eo, qui ſe mentiebatur eſſe illis aut illis facultatibus, cum inops eſſet: placet venditionem & ſocietatem [4] ipſo iure nullius eſſe momenti. *L. & eleganter*, in pr. *D. de minor. L. 3. §. ult. D. pro ſoc.* In ſtricti autem iudicii contractibus, veluti in ſtipulatione, ſi quis mendacio adverſarii deceptus promittat; aut in legato, ſi heres ignorans adempta quinquaginta, perſuaſus a legatario nullam ademptionem interveniſſe, promittat centum legata teſtamento: hoc ſervatur, ut is obligetur ſummo iure, ſed agenti obſtet doli mali exceptio. Traditum in *L. dolo, C. de inut. ſtip.* & *d. L. ſi quis cum aliter*, 36. *de verb. obl.* ubi totum hunc locum diligentius expoſui.

XII. Multo minus velle & conſentire intelligitur, qui vi cogitur. Eſt enim vis neceſſitas impoſita contraria voluntati, ut definitur in *L. 1. D. quod met. cauſ.* Inde regula iuris, nihil conſenſui tam contrarium eſſe, quam vim atque metum. *L. nihil conſenſui*, *D. de regul. iur.* Hinc & in his, quæ vi metuve cauſſa geſta ſunt, ius idem de conſenſu, quod ſupra in dolo: ut ſi quis vi, coactus quid promiſerit, contraxerit, non teneatur; quaſi nec contraxerit, qui non conſenſit. Sed eadem diſtinctione, quam in dolo adhibuimus. Nam in bonæ fidei contractibus ſi quis vi coactus ſit, ut quid gereret, puta venderet, aut emeret, [5] ipſo iure nulla eſt obligatio. Argumentum in *d. L. nihil conſenſui*, *de reg. iur.* Et certe ſi in eo, qui dolo deceptus eſt in hoc, ut idem faceret, nulla eſt venditio, ut diſerte traditur in *L. & eleganter*, in princ. *D. de dol.* Multo magis in eo, qui vi aperta coactus minus conſentit, hoc idem probandum eſt. Ut omittam, eum qui metum infert, etiam dolo facere. *L. item ſi. §. pen. D. quod met. cau.* In ſtricti autem iudicii contractu, veluti ſtipulatione, ſi quis vi coactus ſtipulanti quid promittit, ſic obligatur ſummo iure, ut tamen doli mali & metus exceptione petitio ſummoveatur. *L. dolo, C. de inut. ſtip.*

4) *L. 16. §. 1. de minor.* Sed ſi dolus cauſſam dederit contractui id eſt, ſi quis animum contrahendi, alienandi, promittendi non habens, fraudulenta perſuaſione inducitur ut contrahat, alienet, promittat *d. L. 7. pr.* in verbis ſi in hoc ipſo ut venderet circumſcriptus. Non ſi incidens, quando alias etiam contracturus in ipſa conventione doloſe decipitur, forte ut carius emat, vilius vendat, Oldend. *Progym. cl. 6. act.* 21. Sneidvin. *in §. actionum* 28. *I. de act. n.* 22. Gœd. *de Contr. ſtip. C. 3. n.* 113. *& ſeq.* Qui cum ſeqq. hanc quaſi accurate tractet & diſſentientium argumenta maxime Roberti 3. *Animadv.* 1. *& ſeqq.* examinet, eo remitto, videri poſſunt præter laudatos a Gœd. Zang. *de Except. P. 3. C. 11. n.* 11. A. Fab. *in rational. ad L. 7. pr. de dolo.* Eſt tamen in arbitrio dolum paſſi, an velit contractum ſervari, per rationes & auctoritates adductas a Gœd. d. *C. 3. n.* 168. quibus adde Iaſ. in *§. actionum 1. de act. n.* 41. Sneidv. *ibid. n.* 28. &, qui alios refert, Tiraq. *poſt LL. Connub. Gl.* 8. *n.* 93. *& Tr.* Le mort ſaiſit le vif, *P. 7. declar. 1. n.* 8. *& ſeq.*

5) Hic tamen plures & probabilius diſſentiunt, qui diſtinctionem tantum admittunt in dolo initis contractibus, non autem metu, quos ſequitur Vult. *ad §. ul. I. de Obl. n.* 20. Sed noſtro conſentit Cuiac. *ad L.* 21. *§.* 3. *Quod met. Ca.* & ad *L. 36. de V. O. &* 3. *not.* Merc. & confirmat contra Robertum Gœddeus 3. *d. C. 3. n.* 156. *& ſeqq.* Sane rationem noſtri, quod metui dolus inſit, vetam non puto, de quo alibi.

ftip. Sed cur etiam in ftipulatione non dicimus eum qui coactus metu quid promifit, ipfo iure non obligari: cum non nafcatur obligatio ex contractu fine confenfu; non confentiat autem, qui vi metufve cauffa cogitur, ut ante diximus? Idemque licet de eo qui dolo deceptus eft, quærere propter diffenfum. Dicendum eft, eum qui vi cogitur, recte dici utrumque & nolle, & velle. Non vult fub conditione, fiquidem ei liberum fit non confentire. At fi fpectamus id, quod fimpliciter & re vera geftum eft, vere voluit, qui licet coactus, voluit tamen. Pauli ratio in *L. fi mulier*, *§. fi metu*, *D. quod met. cau.* Et certe erat in eius poteftate nolle, etiam fi vis ei afferretur. Potuit enim vim pati potius, quam verbis confentire. Sed quoniam hæc ipfa voluntas turpiter extorquetur, & malo more, quem probare contra bonos mores eft, *d. L. nihil confenfui*; eo fit, ut in bonæ fidei quidem iudiciis vis tanquam honæ fidei contraria in totum obligationi obftet. In ftrictis autem fic in hac cauffa ex verbis admittatur obligatio, ut tamen ex eadem æquitate fit exceptio, qua promiffor defendatur.

XIII. Propofitum contrahentium obligationi & conventioni contrarium fatis declarat in his confenfum non effe ad conftituendam obligationem. Exfiftit autem hoc propofitum fæpe in contrahentibus etiam adverfus ea, quæ verbis aut reipfa in fpeciem geruntur; ac declaratur his rebus: fi quid geftum fit donandi, ioeandi, docendi, fimulandi cauffa. Si pecunia alicui numerata fit, obligari folet, ut reddat vel ut mutuam, vel ut indebitam folutam, vel ut datam ob eauffam cauffa non fecuta. Si donandi cauffa data fit, nulla conftituitur obligatio. *L.* 3. *§.* 1. *D. de obl. & act.* Quia fcilicet donandi propofitum contrariam voluntatem declarat. Donat enim, qui ita dat, ne ulla hinc fit repetitio, aut obligatio. Dat enim liberalitatis & munificentiæ exercendæ cauffa, *L.* 1. *D. de donat.* Ex quo illæ fententiæ, quæ in quibufdam refcriptis occurrunt; perfectam donationem revocari non poffe: item, re donata, remanere integram donationem; cum levitati perfectam donationem revocare cupientium iure occurratur. *L. cum ancillam*, *L. fi repetendi*, *C. de cond. ob cauf. dat.* loci cauffa fi ftipulatio concepta eft inter aliquos, eodem modo [6] nulla contrahitur obligatio. Rem enim ferio non agi iocus oftendit. *d. L.* 3. *§. ult. de obl. & act.* Veluti fi qui, dum alios imitari volunt, ioeantes exprimant eorum ftipulationem: aut perfonæ id faciant in comœdia. Idem eft, fi docendi eauffa interponatur ftipulatio: *ead. L.* 3. in fin. *de oblig. & act.* Veluti, fi iubeam aliquem interrogare me his verbis, Stichum dabis? ego refpondeam, dabo; & dicam, habes exemplum & conceptionem ftipulationis. Perfpicuum eft, eum qui exemplum tantum in hac conceptione exftare voluit, ad docendum, noluiffe rem & veritatem obligationis in ea fubeffe.

XIV. Sed maxime tunc non confentire contrahentes apparet in eo, de quo agitur, cum fimulatur ab his contractus. Ideo enim fimulant quia nolunt in re effe, quod verbis & externa fpecie fimulanr. Qua de cauffa & omnia [7] fimulata pro infectis habentur; maxime in contractibus, quia illo modo deeft confenfus. *L. cum ea*, *C. de tranf.* *L. fi ex pretio*, *C. fi cert. pet.* Hi funt contractus, qui a noftris dicuntur imaginarii; cum fcilicet fides facti fimulatur non interveniente veritate. *L. contractus*, *D. de oblig. & act.* Sic dicti, quia ut funt verba contrahentium, imaginem & fpeciem contractus præ fe ferunt: fed hanc dumtaxat, re autem vera non funt contractus, qui confenfum non habent. Quamobrem & ad ius fuperius pertinent. Hinc illa de vi iftorum: contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non obtinent. *d. L. contractus*. Ideft obligationem non pariunt. Nam iuris vinculum obligatio eft. Item, nuda & imaginaria venditio pro non facta eft: *L. nuda*, *D. de contr. empt.* Nuda, quæ nomen habet sine re. Ideo autem nuda, quia imaginaria. In hoc genere hæc fententia tenenda eft; quoties inter aliquos quid fimulatur, & aliud agitur; ita id quod fimulatur, non valere, ut non propterea totum quod geritur, irritum sit, fed valeat faltem, quod actum eft. Quæ illius *Tituli C.* fententia eft pluribus exemplis confirmata, *Plus valere, quod agitur, quam quod fimulate concipitur*. Utrumque optima ratione. Simulatum enim falfum: Quod

6) Gœd. *de Contr. ftip. C.* 3. *concl.* 6. Licet Ræv. 2. *Var.* 5. velit & hic nafci obligationem ipfo iure tenentem, fed quæ prætorio auxilio per exceptionem elidatur. Quod refellit *d. §. ult.*

7) De quo fufe Mozz. *de Contr. in genere Art.* 4. *n.* 42. *& feqq.* A. Fab. 1. *iurifpr.* 9. *pr.* 5. *ill.* 21. Ern. Cothman. *Iur. Refp.* 18. *n.* 34. *& feqq.* Ut nec iuramento contractus fimulatus confirmetur, vid. Ierem. Setfer. *Lib.* 2. *de Iuram. C.* 18. Io. Vinc. Hondede. *vol.* 2. *conf.* 41. *n.* 31. *& feq.* Cothman. *d. conf.* 18. *n.* 57. idipfum declarando reftringens *n.* 89. *& feqq.*

Quod agitur, verum; quod ab eo, quod pro non facto est, infirmari non debet. *L. cum falsa, C. de iur. & fact. ign.*

XV. Atque hæ res externæ sunt, quæ consensui obstant, quamobrem & impediunt contractum. Interdum ipsa etiam conceptio conventionis inelusum dissensum habet, hoc efficientem, ne obligatio constituatur. Id accidit primum generaliter in omnibus obligationibus sub conditione contractis, seu in omnibus contractibus, quibus quid præstari placet sub conditione. Nam conditionis hæc vis est, ut nihil debeatur, nullave contrahatur obligatio prius, quam conditio extiterit. *L. cedere, D. de verb. signif. §. sub conditione, Inst. de verb. obl.* Eo fit, ut si proponas emptionem sub conditione contractam, pendente quidem conditione, nulla adhuc obligatio contracta sit. Si autem conditio defecerit, nulla fit omnino emptio, quia utrumque id adiecta conditione actum est. *L. necessario, D. de perm. & com. rei vend.* Sed non ideo in universum dici potest adiecta conditione ab initio nihil actum esse. Potest enim exsistere conditio. Quæ si extiterit, ita contrahitur obligatio, quasi ante contracta emptione in præteritum. *d. L. necessario*, illic, *idem Pomponius, L. potior D. qui pot. in pign.* Ideo in hoc genere contractuum saltem recte dicitur ab initio obligatio sub conditione contracta.

XVI. Sed hoc in cæteris omnibus conditionibus aliis. Duæ sunt quæ contractibus adiectæ iam statim ab initio inutilem contractum efficiunt; non alia de caussa, quam quia id actum esse ostendunt, ne obligatio constituatur. Impossibilis conditio, & quæ confertur in voluntatem & arbitrium promittentis. Non solum stipulatio, sed & cæteri quoque contractus impossibili conditione adiecta nullius momenti sunt; veluti, si cœlum digito tetigero, dabis? Aut res hæc tibi tot aureis empta est. *L. non solum, D. de obl. & act. §. si impossibilis, Inst. de inut. stip. L. impossibilis. 7. D. de verb. obl.* Nempe quia hac conditione adiecta a contrahentibus id agitur, ne quid contractum sit, neve quid debeatur. Idque conditio satis significat. Eius enim adiectæ hanc vim esse diximus, ne quid debeatur prius, quam illa extiterit. Impossibilis autem conditio exsistere non potest. Sic fit, ut hac adiecta aperte id agatur, ne quid debeatur. Aliud servatur in testamentis, in quibus obtinuit impossibilem conditionem institutioni, legato aut fideicommisso adiectam pro non scripta esse, atque hac detracta nihilominus institutionem, legatum, fideicommissum valere. *L. 3. D. de cond. & dem. §. impossibilis, Inst. de her. inst.* Quam recte utrumque, & quam convenienter illa inter se, exposui ad *d. L. impossibilis. 7. de verb. obl.* Similiter & conditione in voluntatem promissoris collata, nec stipulatio, nec ullus alius contractus valet. Nec interest, dixerit promissor, si voluero; an vero si volam; an si fuero arbitratus, ut in singulis his conditionibus declaratur ordine his locis. *L. centesimis, 46.* in fi. *D. de verb. oblig. L. sub hac, D. de obl. & act. L. stipulatio non valet. 17. de verb. obl.* Quippe & hic conditio adiecta arguit sensum hunc esse contrahentium, ne promissor obligetur, conditione videlicet obligationi repugnante. Solus enim obligatur is, qui necessitate adstringitur alicuius rei præstandæ, ut est definitio obligationis. Hac autem conditione adiecta, qua res confertur in promissoris voluntatem, aperte id agitur, ne ulla necessitate adstringatur promissor, sed ut liberum ei sit dare, si velit; si nolit, non dare. Perspicuum igitur id agi, ne obligetur. Quæ & huius iuris ratio redditur in *L. in vendentis, C. de contr. empt. d. L. sub hac, D. de oblig. & act.*

XVII. Illud tenendum est hic exigere nos conditionem expressam, qua obligatio in voluntatem aut arbitrium promissoris conferatur, quales sunt superiores illæ quas retuli, ut quidem indicatur supra scriptis locis, sed maxime *d. L. in vendentis, C. de contr. empt.* Cæterum hac conditione non expressa valet stipulatio & quivis alius contractus, etiam si maxime eadem conditio vi ipsa intelligatur. Et ideo quanvis ad conditionem significandam nihil interfit inter hæc, cum veneris, dabis, & si veneris; cum morieris, & si morieris. *L. quodcumque, 45. §. pen. de verb. obl.* tamen placet illa adiectione *si volueris*, dabis, [8] stipulationem esse inutilem: hae autem valere, dabis *cum volueris, d. L. centesimis, 46. §. ult. de verb. obl.* Illic scilicet exprimitur conditio, & per conditionem significatur tempus; hic contra exprimitur tempus, ac per tempus intelligitur conditio. *L. si Titio, D. quand. di. leg. ced.* Expressa nocent, non expressa non nocent. *L. expressa, D. de reg. iur.*

 Plu-

8) De differentia inter *si* & *cum* vid. Val. Guil. Forst. *Obj. succif. C.* 11. Cæterum in arbitrium promissoris collata, nec traditione secuta robur accipit. Gœd. *de Contr. stip. C. 4. n.* 107.

Plura de vi conditionis omnis in alterius voluntatem collatæ persequi non est huius loei. Ad conditiones potius pertinet, de quibus postea. Si quis tamen plura cognoscere vult, ut certe plura sunt, quæ hic dubitationem adferre solent, reperiet a nobis tractata ad *d. L. stipulatio non valet*, 17. *de verbor. obl.* Atque hæc sunt impedimenta multa & varia ut apparet, quæ contractui & obligationi obstant: sed omnia nata ex uno hoc fonte, quod in omnibus non est consensus inter contrahentes. Nullus autem contractus sine consensu, & conventione. Tantum, ut supra monui, hic agendum fuit, ut teneremus ea facta, in quibus existeret ille dissensus, aut quæ illum dissensum indicarent, quod generibus eorum propositis ostendimus.

CAP. VIII.

Sine conventione ut quid alteri præstetur, non esse contractum. Rursum ut uni ex contrahentibus quid præstetur, non invicem utrique ab altero, ad contractum satis esse. Tum quibus in rebus positum sit, ut consensus ad obligationem constituendam interpositus iure comprobatus intelligatur.

Alterum in contractu necessarium, ut unus alteri contrahentium quid præstet, aut faciat. I.
Præstatio, seu factum mutuum minime contractui necessarium. Quæ talis definitionis exempla. II.
Contractus definitio a Labeone tradita in L. 19. de V. S. *accuratius exposita.* III.
Quid tertio loco in contractu necessarium. IV.
Causarum qualibet perficiendo contractui necessaria debet esse a iure probata seu recepta. V.
Propositum auctoris & methodus. VI.

I. Secundum exigit contractus, ut sit conventio & consensus ad dandum aliquid aut faciendum. Dixi ideo id ita esse, quia alioqui futurum sit; ut sit conventio, ne quid detur, præstetur, liberandi scilicet debitoris, & distrahendæ obligationis caussa. Nunc autem quærimus conventionem, quæ sit contractus, id est qua contrahatur obligatio; unde contrahendi verbum. Nulla porro obligatio, nisi ad aliquid præstandum, ex definitione obligationis. *L.* 3. *D. de oblig. & act.* Exigit, ut unus det aut faciat alteri. Nam ut unus sua caussa quid faciat, conventione effici non potest. Id potius consilium est. Nullum consilium obligatorium. *L.* 2. *§. ult. D. mand.* Unum igitur esse oportet, qui det aut faciat, qui & debitor est: alterum, cui detur aut fiat ex conventione, quem proprie creditorem vocamus: quia fide a debitore data, ei credit, idest fidem eius sequitur. *L.* 1. *D. si cert. pet.* Quod ni ita duo sint, quorum unus debeat, alteri debeatur, nulla ex omni caussa obligatio esse potest. Unde evenit, ut obligatione etiam ab initio recte constituta, si debitor creditori succedat, aut creditor debitori suo, obligatio tollatur confusione. *L. Stichum*, 95. *§. aditio, D. de sol. L. debitori, C. de pact.* Non alia de caussa, quam quod incipit idem esse debitor & creditor: quod natura non patitur.

II. Sed dum conveniat, ut unus det aut faciat alteri, satis est. Non exigemus ad contractum, ut uterque alteri facere debeat. Sane ubicumque id agitur, ut mutuæ sint obligationes, & præstationes; si valet quod agitur, illic maxime proprie contractum esse, & dici constat, ut in emptione, venditione, & similibus. *L. Labeo libro, D. de verb. signif.* Sed ut nihil sit amplius in conventione, quam ut unus tantum obligetur alteri, nihilominus contractus est. Exemplo sunt [1] stipulatio & mutuum. In stipulatione unus tantum obli-

[1]) Diss. Marq. Freher. 1. *Parerg.* 16. contendens nullum esse contractum *μονόπλευρον*, sed stipulatorem quoque ad accipiendum teneri, cum nemo liberetur ingratiis. Unde apud Plaut. *in Epidico Act.* 3. *sc.* 1. Thespio se astringit ad accipiendam cænam. Et creditor cui satisfactum, ad pignoris restitutionem, syngraphæ redditionem aut apochæ dationem tenetur. Sed vereor ut ex his satis istud adstruatur. Quæ enim in acceptione rei solutæ præstatio, Quis dubitet neminem cogi debitum sibi, si nolit habere, oblatum recipere, maxime si obligatione exsolvere debitorem paratus, nullam certe eius rei gratia proditam actionem. Qui autem si vel esset accipiendi necessitas creditori, credere convenit Labeonem, in d. *L.* 19. eo respexisse, de quo vel nunquam vel rarissime quæri posset. Paratiores plerique ad exigendum quod non debetur, quam ad respuendum quod debetur. Quin hac ratione creditor eo

obligatur promissor. Stipulatio tamen est contractus. *L. non solum, D. de obl. & act. L. 1. §. 1. ver. adeo, D. de pact.* In mutuo solus obligatur ad mutuum reddendum, qui accipit. Mutuum tamen contractus. *L. certi, §. numeravi, D. si cert. pet.* Et ne necesse sit ex unaquaque specie accersere probationes, ipsa divisio contractus aperte id ostendit; cum obligatio ex contractu dicitur contrahi non consensu tantum, sed aut re, aut verbis. *§. ult. Inst. de obl.* Docemur enim postea re contrahi, ut mutuo: verbis ut stipulatione, ut declaratur sequentibus titulis apud Iustinianum.

III. Labeo tamen aliter, ut refertur in *L. Labeo libro, D. de verb. signif.* ait contractum esse ultro citroque obligationem, quem Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem. Obligationem non intelligit iuris vinculum, ut definitur supra obligatio: nam inter contractum & obligationem modo dictam tantum interest, quantum inter caussam & effectum, res inter se plane contrarias ex numero earum, quæ sunt πρός τι, quorum unum nunquam potest esse alterum. Contractus enim obligationem iuris vinculum parit: obligatio hæc effectus est, qui ex ea caussa nascitur. Obligationem igitur vocant factum ipsum obligandi: ut sit obligatio ultro citroque non factum ultro citroque simpliciter, quo facto deinde obligemur (quo sensu cum iis quæ diximus, optime definitio conveniret) sed factum quo obligamur) utrumque enim inest in verbo obligandi) cui deinde illa adiunguntur, ut obligemur ultro citroque. Quo quidem non aliud significatur, quam contractum esse factum duorum pluriumve, qun alter alteri ultro citroque obligatur, idest invicem & mutuo, ut est horum verborum usus. *L. 2. D. de neg. gest.* iuncta *L. 5.* in pr. *D. de obl. & act.* factum ergo mutuum quidem, sed & idem, ex quo mutuæ sunt utrinque obligationes, præstationesque civiles. In quam sententiam & cætera eius loci occurrunt. Nam & συνάλλαγμα hoc significat, ut indicat *L. iurisgentium.* in pr. *D. de pact.* & exemplis utitur, in quibus mutuæ sunt obligationes. Postremo nisi ita accipimus, non differet contractus ab actu, & gestu; quæ tamen tria illic ita posita sunt, ut distinguantur a Labeone. Non dubium igitur, quin Labeonis sententia fuerit eo loco, contractum esse conventionem, ex qua uterque ex contrahentibus alteri obligatur invicem & mutuo: quod negamus. Dicendum est Labeonem id ibi definivisse, ubi tria hæc eodem loco coniungebantur, actum, contractum, gestum, ut locus indicat. Hoc ille voluit, cum hæc tria ita coniunguntur, si recte distinguuntur alia ab aliis, necesse esse ita contractum intelligi, ut diximus: non quia hic sit usus & proprietas verbi; sed quia sententia auctoris ita accipi debeat, quam apparet non frustra hæc distinguere voluisse. Quod ne in eo loco, aut in his verbis vitiose fieri quis existimet, animadvertendum est hic esse usum omnium auctorum recte loquentium, & maxime iuris, ut quæ verba per se posita & sua vi generalia sunt, ea si cum aliis finitimæ significationis coniungantur, ex instituto loquentis fiant specialia, quo magis res singulæ singulis verbis ad speciem certam traductis intelligantur. Exempli caussa, Iniustum testamentum est omne quod iure non valet. Idem est irritum. Sed & quod rumpitur postea, irritum fit: & quod fit irritum, rumpitur. Et tamen cum hæc coniunguntur apud iuris auctores, ut dicatur quoddam testamentum iniustum, quoddam ruptum, quoddam irritum, incipit mutari significatio, & contrahi singula ad species distinctas, quæ vi sua erant generalia, ut declaratur in *§. alio, Institut. quib. mod. test. inf.* Sic & actio generaliter est omnis petitio, & persecutio, quæ fit iudicio. *L. actionis, D. de obl. & act.* Et tamen cum coniunguntur actio & petitio, actionis verbo intelligitur actio in personam; petitionis appellatione actio in rem. *L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. signif.* Idemque in sexcentis aliis licet observare. Sciamus idem evenire in verbo contractus. Contrahere, ut compositio & origo verbi indicat, generaliter est, una cum alio mutuo facto atque opera ad unum aliquem obligationem trahere. Id autem fit, sive unus tantum alteri obligetur, sive mutuo uterque alteri. Sed mutari significatio intelligitur ex adiunctis, cum superiora illa tria coniunguntur, quia iam his caussas diversas notare voluisse auctorem appa-

eo ipso quia creditor, debitor quoque foret, ac oppositi respectus in eundem ratione rei eiusdem concurrerent. locatur vero Thespio apud Plautum, & ludit. Ad hæc res ibi inter conservos geritur. Et Epidicus dum audit ad suam promissionem alterum spondere; mirabundus quærit. Quid? ostendens hæc plane non convenire. Denique pignoris restitutio est ex propria obligatione, non mutui, & ut syngraphæ &c. Neque ad ea, agitur actione quæ ex mutuo. Dissentit alter vulgo Doctorum qui hinc inde obligatorios proprie contractus esse, reliquos large & improprie. Mozz. *de contract. in genere Art. 4. n. 4. & seqq.*

apparet. Sed de universa significatione atque usu verbi contractus, vide plura in *Commentariis nostris ad L. 1. D. de reb. cred.*

IV. Superest tertium ad vim & substantiam contractus pertinens, ut quæcumque conventio est & consensus ad aliquid præstandum ab uno alteri, iure is consensus ad eam rem comprobetur. Aliter non fit contractus: id est, aliter non contrahitur obligatio, quam hic constitutam volumus. Nec longius huius rei probatio petenda est, quam ex eo, quod dicuntur omnes obligationes aut civiles esse aut prætoriæ, id est, alterutro iure aut constitutæ aut comprobatæ. §. 1. *Inst. de obl.* Sic iure comprobari intelligetur consensus ad eam obligationem & præstationem, quæ hic quæritur, si omnia sine quibus conventio esse non potest, iure ad eam rem recepta atque idonea constituta reperientur. Sic enim fiet, ut omnibus velut partibus iure constitutis, necesse sit totum, quod ex his rebus perficitur, eodem iure haberi.

V. Quatuor sunt natura, sine quibus conventio ut quid fiat, esse non potest: Conventio ipsa per sese, seu consensus tanquam efficiens caussa, interdum & forma obligationis, ut in stipulatione: finis dandi, acquirendique, quam ad rem omnis huiusmodi conventio comparata est. Res promissa, deductave in obligationem tanquam materia, in qua obligatio versetur; tum convenientium seu contrahentium personæ, partim tanquam pars quædam efficientis caussæ, quatenus per eas obligatio contrahitur; partim materiæ, quatenus in his obligatio recte consistit. Nisi vero hæc omnia ita concurrunt, ut recipiantur iure ad obligationem, nec valet iure conventio, nec contractum efficiet ea, quæ iure obligationem non parit. Hanc enim parere est efficere, ut contrahatur. Non statim autem hæc omnia iure idonea ad obligationem constituendam. Quin potius habent singula, quod sit proprie animadvertendum. Nam neque omnis conventio obligationem parit, etiamsi recte concurrant cætera tum in fine acquirendi, tum in rebus promissis, tum in personis: neque a quocumque aut cuicunque quid præstitum velimus, idoneus est finis, quem ius agnoscat: nec res omnes in obligationem deduci & promitti possunt: nec omnes personæ eiusmodi, quæ obligationem in se admittant, aut adversus alios acquirant.

VI. Reliquum est igitur ad expletionem contractus omnis, ut qualia hæc sint, cognoscamus. Id autem ad commoditatem cognoscendi ita videtur faciendum, ut de singulis sicut distincta sunt inter se & communes præceptiones habent, ita distincte, & semel atque in commune dicatur. Non ut in Pandectis & Codice factum videmus: ubi variis generibus contractuum propositis, in singulis iidem isti loci inculcantur; non solum magno cognoscendi & eadem repetendi labore, sed etiam certo errore obiecto legentibus: qui quia de singulis his locis in unoquoque contractu dici vident, propria cuiusque contractus esse existimant, quæ sunt communia: diversa contra, quæ sunt posita in una eademque cognitione. Quod si semel & generatim singula cognoscemus, minuerimus maximam laboris partem, & ut brevitati, ita etiam prudentiæ cognoscentium consulemus, ac sine ullo errore consequemur statim, quod volumus de contractibus in universum omnibus.

CAP.

CAP. IX.

Quæ in universum conventiones valeant. In obligatione constituenda quæ obligationem pariant. Has ab Ulpiano notis quibusdam designari in *L. 7. D. de pact.* Quibus, & quam recte. A Caio & Iustiniano divisione ex suis caussis petita certo demonstrari. Hanc divisionem esse, quam cum veteribus sequi oporteat. Quod in ea ambigui, aut vitiosi videri possit, explicatum. In eius tractatione, cur sit ab his quæ sunt ex consensu, incipiendum.

Non ex omni conventione nascitur obligatio. I.
Ideoque nec pactio nuda parit actionem. II.
Conventio privata ex Ulpiano duplex; utraque qualis sit, explicatur. III.
Iuris gentium, sed tamen non nuda conventio actionem parit. IV.
Non nudæ conventionis nota duplex: proprium nomen, & datio seu factum. V. VI.
Nuda pactio quid, & unde dicta. VII.
Superior Ulpiani divisio, etsi explicandæ rei ut minus idonea explosa, quare fuerit hic traducta, & breviter exposita. VIII. IX.
Probatur Caii, & Iustiniani divisio ex præcipuis obligationum caussis & generibus ducta; sed & hæc eadem partim explicatur ambigua, partim ut inconcinna ordini restituitur. X. XI.

I. Non omnis, ut dixi, consensus & conventio in hoc, ut quid detur aut fiat, obligationem parit; & ut nunc loquimur, non ex omni conventione nascitur, contrahiturque obligatio. Est quidem edictum prætoris de pactis ita scriptum, ut quidem nobis relictum est in *Pandectis*, quasi omnia pacta pariter valeant. Sic enim verba sunt, ut polliceatur prætor se pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque contra leges facta erunt, servaturum: nec quidquam excipitur præterea. *L. iurisgentium*, §. *ait prætor*, *D. de pact.* Sed edictum sic acceptum est ab omnibus iuris auctoribus, ut si quidem pactio ad liberandum reum sit interposita, ea omnis valeat, pariatque reo liberationem; si potest, ipso iure, ut in quibusdam caussis, de quibus in *L. si tibi*, §. 1. §. *de pignore*. *L. ab emptione*, *D. de pact.* Sin minus (quod fere contingit in caussis omnibus) saltem per exceptionem, quam dicuntur omnia pacta etiam postea & ex intervallo interposita parere. *L. iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimmo*, *D. de pact.* *L. in bonæ*, *C. eod.* Quod si conventio sit alterius obligandi caussa, seu ut quid detur, aut fiat, placet eam non statim valere, & parere obligationem; sed suis conditionibus, quatenus scilicet per leges licebit. Ac quam recte ita veteres sint interpretati; quidque eo contineatur, exposui copiosius ad *L. legem*, & *L. in bonæ*, *C. de pact.* Cuius iuris nunc summam colligam & proponam breviter hoc loco, ut possit intelligi, quam conveniat cum ea divisione, quæ est apud Iustinianum de eadem re, quam præcipue sequi cogitamus, quamque in dissimili via eumdem tamen finem & exitum habeat, idemque efficiat.

II. Sic autem fere definitio summa est: Ex pacto, id est, ex pacto nudo, actionem non nasci. *d. L. iurisgentium*, §. *quinimmo*, *D. eod.* *L. legem*, *C eod.* præterquam si pactio lege confirmetur. *L. legitima*, *D. eod.* Quod si conventio non sit nuda, tum vero ex ea obligationem esse & actionem. Quæ si paulo pluribus exposita cognoscere volumus, sic res explicatur ab Ulpiano ex hac divisione.

III. Conventio [1] privata duplex est: iurisgentium, & legitima. *L. conventionum*.

[1] In qua Ræv. 4. *var.* 1. alteram vocem *privata* delet; itemque verba, *aut iurisgentium*, aut Triboniani aut interpretis esse contendit, quia omnes omnino conventiones iurisgentium, publicæ quoque. Quo enim alias iure hostis cum hoste paciscitur. Civilibus certe legibus peregrinus non est alligatus. Et ius gentium suas conventiones nec numero nec certis speciebus definitas habet. Nec in *L. 5. de I. & I.* habetur conventiones quasdam esse iure civili introductas, quod absurdum, sed obligationes. Quin & conventiones legitimæ iurisgentium. Si enim lege confirmantur, necesse est etiam antequam confirmarentur fuisse conventiones. Hæc & alia Rævardus: quibus non ita operosum est occurrere. Sane si quod esset receptæ lectionis vitium, in gravius tamen sua correctione incideret Rævardus. Qua fit ut privata pacta legitimis, tanquam species adversa opponantur.

num. eod. Iurisgentium, non quæ inducitur iure gentium, sed quæ inducta ab hominibus, iure gentium probatur, valetque ad agendum. Non enim ius inducit, ut quid homines conveniant, aut paciscantur inter se, quæ cuivis libera sunt; sed quæ ab illis sunt pacta aut conventa, ea ius probat aut improbat, ex illis actionem dando, ubi res actionem desiderat, hic denegando. Unde & sic conventio legitima definita, non quæ inducta sit lege, sed quæ lege aliqua confirmetur. *d. L. legitima. eod.*

IV. Iurisgentium conventio omnis parit actionem Ulpiano, quæ non est nuda. *d. L. iurisgentium.* in pr. vers. *sed cum nulla.*

V. Non nudæ duas notas statuit, ex quibus ipsis velit intelligi obligationem & actionem ex conventione. Una est hæc, si conventio in suo nomine non stet, sed transeat in proprium nomen contractus: idest sit eiusmodi, non quæ nihil dicatur nisi conventio; sed quæ habeat eam speciem, quæ proprio & distincto ab aliis nomine appelletur. Qualis est emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum. *d. L. iurisgentium.* in pr. Quæcumque conventiones præter generale illud conventionis, suum nomen habent: in his receptum est, ut nudo etiam consensu constituant obligationem. *L. 1.* illic, *alioqui. D. de rer. permut.* Non sane propter nomen. Nihil enim nomen ad rem facit; quæ dum intelligatur, quo nomine designetur, nihil interest. *§. si quidem, Inst. de leg.* Et vero leges imponuntur rebus, non verbis. *L. 2.* in fin. *C. com. de leg.* Sed propter utilitatem conventionis & commercii, qualis est in illis quatuor contractibus, quos supra commemoravi. Utilitas fecit, ut conventio esset in usu communi. Usus nomen rei peperit. Ita utilitas caussa est obligationis constituendæ: nomen indicium & nota constitutæ. Ideo & notam vocamus.

VI. Altera nota est, qua intelligamus iurisgentium conventionem, ut non nuda est, ita actionem parere, si præter conventionem dedi tibi quid; aut feci ea lege ut vicissim quid mihi dares aut faceres. Ut, si dedi tibi Pamphilum, ut mihi Stichum dares: dedi Pampbilum, ut Stichum manumitteres. In qua conventione hæc duo insunt; conventio scilicet ut des aut facias; & præterea quod dedi prius, aut feci hac ipsa conventione, ut dares, faceres. Placet, inquam, ex ea conventione omni obligationem & actionem nasci tum iure gentium, tum civili. *d. L. iurisgentium.* in pr. illic, *sed etsi in alium.* Hanc dationem & factum Ulpianus ibidem vocat caussam, quæ subsit, item quæ subsit præter conventionem, ut in verb. *sed cum nulla.* Et recte, dum hoc sentit caussam hanc esse obligationis constituendæ. Ut intelligamus duas hic esse [2] caussas obligationis. Conventionem quidem sine dubio, sine qua nihil deberetur. Sed præter conventionem subesse etiam illam alteram eius quod prius datum aut factum est.

VII. Quod si neutrum horum erit, id est neque conventio transibit in proprium nomen, neque præter conventionem quidquam datum aut factum erit, ut vicissim dares aut faceres: tum fit illa pactio, quæ Ulpiano & veteribus dicitur nuda pactio, & nudum pactum, ex quo obligatio & actio non nascitur, ut declaratur in *d. L. iurisgentium, §. sed cum nulla, D. & d. L. legem. C. eod.* Nuda pactio dicta, quæ est sola; nuda scilicet a [3] superioribus rebus omnibus; quæ obligationem vel faciunt, vel indicant. Denique quæ nihil nisi conventio est, & dicitur; nuda non solum re, sed etiam nomine. Re, quia præter conventionem nulla res, nullum factum intervenit, propter quæ aliquid vicissim dari aut fieri oporteat. Nomine; quia quemadmodum est conventio, ita tantum dicitur conventio & pactio nomine generali, neque proprium nomen habet, in quod transeat. Sic est usus auctorum iuris in hoc verbo, similiter ut nuda voluntas, nudus consensus

2) Hot. *ad L. 7. de pact.* Contractus alios habere nomen tantum, ut emptio, locatio &c. qui solo consensu consistunt; alios caussam tantum ut innominati; alios utrumque ut cæteri. Cujac. 2. *Obs. 15* Pactum a contractu sic separatur. Pactum neque nomen neque caussam habet. Contractus aut nomen habet, aut, si nomine vacat, certe caussam habet. A. Fab. *ad L. 7. §. 1. de pact.* Caussa quando subesse dicitur, non denotatur præcedens aliqua, quæ occasionem dedit. Nam & sic pacta habent caussam; alias Prætor ea reprobat *L. 2. §. circa 3. de dolo exc.* iunct. *L. 4. de reb. cred.* sed negocium quod subest in ipsa conventione, eique non tam occasionem quam materiam præstat. Mattheae. *Lib. 1. de via & rat. iur. C. 6. n. 28.* caussam exponit synallagma ac simplex vel mutuum factum seu commercium obligatorium, & Gœd. *de Contr. stip. C. 1. concl. 3. n. 29.* tractatum hinc inde spontaneum ut exinde sit obligatio. Ex huius autem ut & Vult. *ad pr. I. de Obl. n. 26.* sententia, etiam contractus consensu initi habent caussam; quia inquit Vult. si quis vendat, præter conventionem adest caussa, factum vendentis; non autem si venditurum promisero. Illic factum præsens, hic confertur in futurum.

3) Nuda a caussa, a nomine, a stipulatione, Vult. *in pr. I. de obl. n. 26.* Cuiac. *ad L. 1. de pact* nuda vocari quod solo placito constent, nihilque præter nudam conventionem habeant. Unde & DD. definiunt pactum nudum, quod stat in puris terminis conventionis. Bart. *in L. 7. §. 5. de pact. n. 14.* probante Greg. Lopez. *Animadv. C. 9. n. 2. & 3.* cum quo tamen nolim duplex nudum pactum agnoscere. Adde *infra C. 11. not. 3.*

sensus dicitur sola voluntas, solus consensus. Nullis aliis rebus præter consensum & voluntatem ad id efficiendum, de quo quæritur, intervenientibus. *L. 1. D. de rer. permut. L. 3. L. 5. §. ult. D. de resc. vend. L. 1.* in pr. *D. de pign. act.* Ex hoc genere, ut dixi, non nascitur actio. Sed hoc ita, nisi sit facta conventio legitima. Ex hac vero sine exceptione & dubitatione ulla actio nascitur. Est enim ea quæ ad eam rem lege confirmatur. *d. L. legitima. de pact.* qualis est stipulatio, & constitutum, in quibus in *§. de constituta. Inst. de act.* & item aliæ nonnullæ conventiones, de quibus postea opportunius.

VIII. Atque hæc Ulpianus ad edictum de pactis, de vi conventionum, & quæ conventiones actionem pariant. Divisio quidem & tractatio pertinens ad id, de quo nunc quærimus, ut apparet, & sententiam de eo veram ac certam continens: sed non ea, qua aut veteres de obligationibus, quæ ex contractu sunt, tractantes, usi sint, aut nos nunc utamur. Quamobrem, dicam paulo post. Nunc dicam, cur, cum non utamur, visum sit eam attingere. Ita res nimirum postulabat multis de caussis. Primum pertinebat ad explicationem edicti de pactis, quod cum ei distinctioni conventionum, quæ proponitur, obstaret, faciendum fuit, iam statim ab initio, ut hæc obiectio ex divisione removeretur. Pertinebat præterea per se ad vim conventionum, de qua quærimus. Quare cum exstaret sub titulis de pactis, conveniebat hanc non omitti, ne quid nos fugeret eius iuris, quod faceret ad hanc cognitionem. Et quoniam divisio erat iuris certi, conveniebat hoc loco de ea nos moneri, ut sciremus quem usum, quemve locum in hac tractatione obtineret. Postremo, quod præcipue spectavi, id agendum fuit, ne cum ad aliam divisionem in hac quæstione veniremus postea, audiremus autem illam esse alteram; hic quidquam illa altera nos conturbaret; quæ & scripta est aliis verbis & alium ductum sequitur: quasi illa omissa aut non complecteremur omnia, quæ sunt huius loci, aut contrarii aliquid, eoque & falsi diceremus. Quod ne fiat, ita consequi licuit, si sententia & vis prioris illius breviter cognosceretur. Sic enim futurum est, ut ea cognita, & collata cum ea quæ sequetur, possit intelligi, ut proposui, quam re ipsa non diffideat una ab altera; sed potius quam ambæ alia quidem via, idem tamen, assequantur.

IX. Sed etsi hæc ita attingenda hoc loco fuerunt; non est tamen, ut dixi, ea divisio superior, qua cum de obligationibus ex contractu agitur, recte uti liceat, quæque sufficiat ei rei explicandæ. Veras caussas obligationum ex contractu nunc quærimus. Illa divisio ducta est non tam ex caussis, quam ex notis, ex quibus obligationem deprehendamus. Nunc id agitur, ut notæ sint conventiones omnes, quæ obligationem pariant. Superior divisio genera summa tantum delibat leviter, & ea sumpta a iure; ad quod illa nos remittens adhuc relinquit obscurum, quænam sint eæ conventiones, quas ius confirmet, aut contra. Factum quidem utrumque sine vitio ab Ulpiano, qui servivit instituto & loco, quem interpretabatur. Scripsit enim ad edictum prætoris de pactis. Quo edicto de vi conventionis agitur, non de obligationibus constituendis. Tantumque ad id edictum satis erat intelligi, ita pactum omne quod ad obligandum esset, servari eo edicto, dummodo non esset nudum. Ex nudo enim actionem nasci vetat regula iuris antiqui. Nisi tamen pactum sit legitimum. Unde tantum visum fuit e re esse explicare, quod esset pactum nudum, quod non nudum; item quod esset legitimum. Quod superiore divisione assecutus est. Hoc autem loco cum propositum sit ex professo quærere in universum, quæ conventiones obligationem pariant, idque ut certum fiat, ex suis caussis tantum recte statuatur, eadem divisione ad eam rem explicandam recte uti posse non videmur. Et certe cum de generibus obligationum ex contractu agitur, hac veteres non esse usos constat: sed illa quæ a prioribus accepta, postea usurpata plenius a Caio, translata est deinde in *Institutiones*. Nam quæ Caii est relata in *L. 1. & L. 2. D. de obl. & act.* legiturque pluribus verbis in Institutionibus in hoc argumento; eadem est, quæ & Pedii, ut indicatur in *L. 1. §. 1.* illic, *adeo, D. de pact.* Ea cum & recepta sit in hac quæstione, & caussas habeat, propter quas quæque conventio obligationem pariat, seu propter quas contrahatur conventione obligatio; & singulas species earum conventionum atque contractuum plenius & ex professo persequatur; omnes caussæ sunt, cur hanc quoque in hac re potius, quoad licet, sequamur, & præsertim quæ est apud Iustinianum, quæ uno genere est plenior in *§. ult. Institut. de obl.*

X. Is obligationum ex contractu facit caussas quatuor. Aut enim, inquit, re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. Vera divisio, si rem spectamus: sed in his generibus primis nonnulla ambigui-

biguitas est, quæ nisi explicatur, inducet nos in errorem. Ambiguitas igitur hæc initio explicanda. Primum ait obligationes quasdam contrahi consensu, & hoc membrum distinguit a prioribus, simillter, ut Caius in *L. 1. de oblig. & act.* quasi scilicet in prioribus obligatio non contrahatur consensu. Quod falsum est. Nam ut ante diximus, nullus est contractus, qui non habeat in se consensum & conventionem, sive re, sive verbis fiat. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Ergo quod dicitur in superiore divisione, obligationem contrahi consensu, sic intelligi debet, non consensu simpliciter, sed consensu solo, ut explicatur postea apud Caium in *L. 2. de obl. & act.* apud Iustinianum sub *Tit. de obl. ex conf.* Hoc modo constat sibi, & vera est divisio. Sic enim res habet, ut quas uterque dicit contrahi consensu, contrahantur consensu solo: in cæteris autem membris non contrahatur obligatio solo consensu. Non quia & in his non contrahatur consensu: sed quia non solo; verum cum ad consensum accesserint res, aut verba, aut literæ, ut sic dicatur obligatio perfici re, verbis, literis. Deinde tria hæc membra, treise species, in quibus obligationem ait contrahi aut re, aut verbis, aut literis, sic distinguuntur ab eo genere quarto, in quo nascitur obligatio ex consensu solo, ut omnia tanquam genera summa in eadem divisione posita exæquentur inter se, & paria constituantur. Quod rursum non ita est. Nam in hac divisione duo tantum sunt genera inter se paria, & mutuo opposita, ut obligationum, quæ ex contractu nascuntur, quædam contrahantur solo consensu, quædam non solo, sed cum aliquid accesserit. Huius autem posterioris generis subdivisio hæc est, ut quæ consensu solo non contrahuntur, contrahantur tribus his modis, re, verbis, literis. Quod cum ita sit, erroris vitandi caussa sententiam superioris divisionis retinebimus, tollemus id quod ambiguum & obscurum est, & divisionem accommodate ad ea 4 genera duo quæ diximus, instituemus.

XI. Sit igitur hæc divisio. Omnis conventio, ut quidem obligationem pariat, aut parit solo consensu, aut tum cum ad consensum aliquid accesserit earum rerum, quas iure oportet. Aut hoc modo: obligatio omnis, quæ ex conventione nascitur, & quia contrahitur, ideo dicitur nasci ex contractu, aut contrahitur consensu solo, aut cum aliquid eorum quæ oportet, ad consensum accesserit: cuius generis illa sunt tria, res, verba, literæ, quæ Iustinianus divisione sua complexus est. Ex quibus duo priora Caius. De posteriore genere ambo prius egerunt, uti & in divisione prius posuerant. Ut enim divisio ab illis ita concepta est, ut dicerent obligationes contrahi aut re, aut verbis, aut (ut Iustinianus addit) literis, aut consensu: ita eodem ordine divisionem prosecuti, egerunt prius de obligationibus, quæ re, verbis, literis contrahuntur, postremo de obligationibus ex consensu solo. Quamobrem, non possum dicere; nisi forte illis visum est prius genus paucioribus verbis contineri; illud autem, quod est ex consensu solo, indigere pluribus: ideo tanquam difficilius in postremum locum reiecisse. Sed vera ratio tum naturæ, tum doctrinæ quominus ita fiat, refragatur. Quoties enim de conventione quæritur, an obligationem pariat, necne, prima hæc quæstio est natura, an pariat solo consensu. Nam si parit, hic consistendum est, & stulte quæritur, quibus aliis rebus accedentibus obligationem pariat, cum etsi nullæ accesserint, pariat nihilominus. Quod si constabit conventionem non parere obligationem solo consensu, tum fit locus sequenti quæstioni, nec prius, ut quæratur, quibus ergo rebus ad consensum accedentibus contrahatur obligatio. Hunc ordinem legendo aut scribendo pervertere possumus, si libet: dum tamen meminerimus ordine intelligentiæ, & natura rerum in omni hac quæstione, si quidem consulti recte respondere volumus, semper incipiendum a priore illa, & si ei locus non est, ordine ab ea transgrediendum ad secundam. Convenit præterea inter omnes, priorem esse simplicium, quam compositorum cognitionem: si quidem composita exsistunt ex simplicibus, quæ ideo prius nota esse, & prius haberi oportet. At conventio, quæ solo consensu obligationem parit, est conventio simplex. Quæ autem parit obligationem aliis rebus accedentibus, ea est composita constans partim consensu, partim re, aut verbis, aut literis. Quapropter & prioris illius generis prior cognitio est omnino, posterioris posterior. Hic ordo cum sit naturæ & rerum, hunc quoque in docendo sequi, non pervertere debemus; ne ex præpostera tractatione error etiam in natura rerum consequatur. Cum sciamus hue com-

4) Aliter Vult. *in pr. I. de obl. n.* 39. Gœd. *ad L.* 12. *de V. S. N.* 6. Bodin. *in distrib. iur. univ.*

comparatam esse doctrinam omnem, ut rem qualis est, audienti legentive repræsentet. Sed & hoc ita faciendum esse ipsi auctores iuris multis locis præcipiunt: præsertim cum ita res quædam inter se affectæ sunt, ut frustra veniatur ad unam aliquam, nisi de alia, quæ prior sit, prius constitutum fuerit. Exempla in *L.* 4. *D. qui test. fac. pos. L. quidam, verb. ego autem, D. de iur. cod.*

C A P. X.

Quæ conventiones solo consensu obligationem pariant. Earum quasdam esse iurisgentium, quasdam legitimas. Iurisgentium has quatuor, Emptionem venditionem; Locationem conductionem; Mandatum; Societatem, neque plures; non certe donationem, non permutationem, non transactionem: & cur. Legitimas esse has tres, Constitutum; Contractum emphyteuticum; Pactum donationis, quo quis se dicit donare in præsentia. In hoc numero non esse sponsalia, nuptias, dotis pollicitationem & quare. In universum autem quid valeat obligationem solo consensu contrahi.

Conventionum quæ solo consensu perficiuntur quædam sunt iurisgentium, quædam legitimæ seu iuris civilis. I.
Iurisgentium quatuor; & quæ illæ. II.
Legitimæ obligationes quare a Caio primum, deinde a Instiniano prætermissæ in Institutionibus. III.
Conventiones Iurisgentium quæ nudo consensu constent, solæ quatuor ex Caio & Iustiniano; nec ex Vlpiani sententia plures. IV.
Nec ad illas quatuor pertinent donatio, permutatio, transactio, & quare. V.
Illæ autem non ex nomine, sed ex utilitate commercii nudo consensu obligant, & pariunt actionem. VI.
Cur quatuor superiores, & quæ his incontinenti apponuntur, ex nudo consensu obligent, & habeant actionem; non item aliæ conventiones nudæ; quo loco distulerit auctor. VII.
Posteriores, ubi a lege confirmentur, & ipsæ habent actionem. Cuiusmodi tres. VIII.
1. *Constitutum. Hoc quid sit, & quare legitimæ conventionis iura nactum a Prætore. Vlpiani ratio ab auctore commode explicata.* IX.
2. *Contractus emphyteuticus; & hic ex Zenone inter legitimos qui solo consensu actionem pariant, numerandus.* X.
3. *Pactum donationis ex Iustiniano. Tribus his quare legitimi contractus appellatio convenit.* XI.
Nuptiæ & sponsalia nudo consensu constant, & ad societatem, unam e superioribus quatuor Iurisgentium conventionibus pertinent; & quomodo. XII.
Promissio dotis ad quod contractuum genus pertineat. XIII.
Item stipulatio, & obligatio literarum: quare hic ambarum prætermissa tractatio. XIV.
Consensu sola obligatio contrahitur, cum nihil præter illum desideratur. XV.
Ille aut indiciis, aut re & facto colligitur. XVI.
Indiciis huiusmodi: verbis, literis, & nutu. Obiter de singulis. XVII.
Re & facto quomodo consensus arguatur. XVIII.
Consensus explicatur aut inter præsentes, vel inter absentes. Hos inter nuntio, & per literas; inter illos modis omnibus superioribus. XIX.
In contractibus, qui solo consensu constant, nec verba, aut res, aut factum, aut instrumenta necessaria. XX.
Scripturam, seu instrumenta, præterquam in emphyteusi in nullo contractu requiri necessario. XXI.

I. Conventiones quæ solo consensu obligationem & actionem pariant, si in unum conferantur, numero sunt septem. Sed earum genera summa duo. Nam quædam iure gentium consensu solo obligationem pariunt; quædam solum iure civili & lege: ut cum veteribus illas iurisgentium conventiones dicere liceat, has legitimas. *L. conventionum,* & seqq. *D. de pact.*

II. Iuregentium obligationem pariunt solo consensu hæ quatuor; emptio venditio, contractus unus; locatio conductio, contractus item unus; mandatum; societas. Hoc de his diserte scriptum in *L. 2. D. de obl. & act.* & *Tit. Inst. de obl. ex cons.* Dicitur quidem his locis obligatio contrahi consensu, nec nominatim additur, solo: sed utrobique adiiciuntur ea, quæ hoc idem non paulo apertius exprimant, quia pluribus & significantius declarant. Nam de consensu solo pluribus expressum est, cum ita dicitur in his conventionibus sufficere eos, qui negotia gerunt, consentire. Quod plane nihil aliud est, quam in his satis esse eorum consensum solum. Ut autem intelligeremus etiam, quid valeat hoc solum; sic explicatur, ut dicatur in his præter consensum nullis rebus opus esse, ut substantiam capiat obligatio, non re, non verbis & præsentia, non scriptura aut literis. De quo mox plura.

III. Sed an solæ hæ conventiones, in quibus contrahatur obligatio solo consensu? Solæ iuregentium. Ideo non plures numerantur in hoc genere neque apud Caium in *d. L. 2. de obl. & act.* neque apud Iustinianum *d. Tit. de obl. ex cons.* At sunt & aliæ conventiones, quæ iure civili solo obligationem & actionem solo consensu pariant, quas legitimas vocamus, ponimusque in altero genere ex iis, quæ sunt propositæ. Et ita est omnino, ut declaratur, *L. legitima, D. de pact.* fatendumque est eas conventiones in hac divisione Caii & Iustiniani esse prætermissas. Proinde ab illis solas hic potius conventiones iurisgentium, quæ solo consensu parerent obligationem, Quod in utroque non caret aliqua defensione. Nam re vera temporibus Caii, quæ conventiones solo consensu nos tenerent, prope non plures fuerunt, quam superiores quatuor, ne legitimæ quidem. Una enim tantum fuit, conventio pecuniæ constitutæ, quæ pareret actionem: sed hanc comparatam edicto prætoris, non vera lege, ut possit videri nec iurisgentium esse conventio, nec legitima. Aliæ conventiones, si quæ sunt legitimæ, confirmatæ sunt postea constitutionibus, ut postea dicetur. Quod ad Iustinianum attinet, vel potius ad eos, qui eius mandatu Institutiones collegerunt, hi cum a Caio sumerent, quod ad hoc argumentum pertinebat, sat habuerunt id ponere, quod apud illum invenerant, nisi quod cum apertius aliquid visum est, id addiderunt; ut addiderunt de literis in divisione obligationum ex contractu propter constitutionem Iustiniani de hoc genere, quæ tum erat in manibus. Nos cum velimus nosse, certe in eo simus, ut norimus omnes conventiones, quæ solo consensu obligationem pariant, & constet esse etiam in his quasdam legitimas, sive quæ iam olim, sive quæ postea confirmatæ sint: utrumque genus in hanc divisionem includere debemus. Sic tamen, ut maneat, iuris gentium conventiones, quæ solo consensu actionem pariant, non alias, quam illas quatuor positas esse a veteribus.

IV. Sed videbitur fortasse Ulpianus plures posuisse in *L. iurisgentium*, in pr. *D. de pact.* Ubi generaliter definit omnem conventionem iurisgentium actionem parere, quæ non stat in nomine conventionis, sed transit in proprium aliquod nomen. Immo Ulpiani definitio hoc ipsum confirmat, non plures conventiones obligationem parere solo consensu, quam illas superiores. Ut enim non sunt plures, in quibus dicatur Caio & Iustiniano obligatio contrahi solo consensu: ita nec plures, quæ cum solum consensum habeant, transeant in alind nomen. Quod si verum est, nec sententia & definitione Ulpiani in pluribus solo consensu contrahitur obligatio.

V. De tribus tamen dubitatum est, non quæ enumerationem superiorem Caii & Iustiniani oppugnent, sed definitionem Ulpiani; de his, inquam, tribus conventionibus, donationis, permutationis, transactionis. Ex quibus constat actionem non nasci; & tamen videntur suum proprium nomen habere. In donationis caussa si pacifcar, seu promittam pacto me tibi donaturum, non obligor. Nam ex pacto non nascitur actio, ut supra diximus: neque id ius mutavit Iustinianus in *L. si quis argentum, C. de don.* Uti postea in conventionibus legitimis dicetur. In permutatione si convenerit inter nos permutationis caussa, ut tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum; ex hoc placito re non secuta, nulla nascitur actio ex eadem regula superiore. *L. ex placito, C. de rer. permut.* Similiter in transactione, si transactionis caussa remittam tibi pacto actionem ea lege, ut mihi centum des, non possum ea centum a te petere. *L. sive apud. C. de trans.* Quod quidem cum enumeratione Caii & Iustiniani optime convenit. Confirmat enim ex aliis conventionibus, quam illis superioribus quatuor, solo consensu actionem non nasci. Sed ut cœpi dicere, videtur adversari sententiæ Ulpiani, qui dat actionem ex omni conven-

ventione iuris gentium, si conventio nomen habeat. Videntur autem superiores conventiones tres in proprium nomen transire, si quidem propria nomina conventionum videntur hæc esse, donatio, permutatio, transactio. Hoc vero non ita est. Quin ut omnia in hac re Ulpiano cum Caio & Iustiniano consentientia animadvertere liceat, quemadmodum ex supra scriptis tribus conventionibus non nascitur solo consensu actio ex enumeratione Caii & Iustiniani: ita convenienter Ulpiani sententiæ hæc ipsa nota esse debet, cur non nascatur, quia in proprium nomen non transeant, re [1] nondum secuta, quales eas conventiones proposuimus. Non enim conventio donationis est donatio; placitum permutationis, permutatio; placitum transactionis, transactio. Tunc donatio est non cum promitto me donaturum, sed re ipsa do, idest trado, donandi animo. *L.* 1. *D. de donat. L. senatus*, §. *donatio, D. de mort. cav. donat.* Sic permutatio non est conventio de permutando, sed tunc cum res ipsæ invicem vere permutantur: quod fit traditis & translatis rebus. Et transactio tunc est, cum vere transigitur, idest, cum ita disceditur a lite, ut nulla amplius sit actio. Quod fit non nudo pacto, sed sublata ipso iure per acceptilationem, aut alio modo actione. Quæ prius quam contigerint, manent superiores conventiones nudæ, quæque in aliud nomen non transeant, ut non magis enumeratione Caii & Iustiniani excludantur, ne actionem pariant, quam Ulpiani definitione. Ita semper omnium sententia probatur, solas esse illas iure gentium conventiones quatuor, quas diximus, ex quibus solo consensu nascatur obligatio.

VI. At saltem adversatur edictum prætoris de pactis: quo ille non certas aliquas conventiones, sed generaliter omnia pacta, quæ neque dolo malo, neque contra leges facta sint, pollicetur sine exceptione se servaturum. *L. iurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Hoc ego satis expedivisse videor ad *L. legem*, *C. de pact.* ad hanc summam. Generaliter quidem, ut verba sunt, polliceri prætorem, se pacta conventa servaturum, idest omnes omnis generis conventiones, idque tum actionem dando, tum exceptionem, prout res postulabit. Sed in actione danda semper hoc excipi, dum ne sit pactum nudum. Inesse enim in edicto tacite hanc conditionem, quod eis per leges facere licebit. Non licet autem per leges dare actionem ex pacto nudo. Regula & constitutio veterum prohibet, *d. L. iuris gentium*, §. *quinimmo*, *de pact.* Cur ergo ex superioribus conventionibus quatuor placet obligationem & actionem solo consensu nasci potius, quam ex cæteris? Non utique propter nomen, in quod superiores conventiones transeunt, ut proxime diximus: sed quia habent hæ conventiones [2] commercia & permutationes tum rerum, tum officiorum ad societatem humani generis tuendam necessarias. Nam ut vivamus homines inter homines: emptione, locatione, societate, mandato carere non possumus.

VII. Sed rursum cum in omni conventione ad aliquid præstandum fides detur alteri fore, ut quid præstetur, & æquum putetur natura fidem servari: *L.* 1. in pr. *D. de pact.* cur non ex hac æquitate omnes conventiones valent sine discrimine? Quod si non valent, an non fatendum est inique ita constitui, ne ex his actio nascatur? Et cur ex cæteris conventionibus nudis actio non detur iure civili, quamque hoc non sit iniquum, multis ostendi ad *d. L. legem*, *C. de pact.* Quo constituto, nihil iam relinquitur, cur non vere statuatur, ut ex superioribus conventionibus quatuor iure gentium nascitur obligatio solo consensu: ita alias præterea ex quibus isto modo nascatur, nullas esse. Illas autem cum dico, etiam eas conventiones intelligi volo, quæ de rebus non principaliter ad contractus superiores pertinentibus initio & in continenti interponuntur. Valent hæ, & pariunt actionem non minus. *L. si in emptione*, *L. fistulas*,

1) Hinc autem sequi videtur, quod permutatio, itemque donatio re tradita sint contractus nominati, licet non solo consensu perfecti. Sed verius est contractum nominatum non esse, vid Coras. 2. *Misc.* 25. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 4. *& seq.* A. Fab. 6. *Coniect.* 9. *pag.* 285. quia, ait, nomen Permutationis non tam contractum significat, quam caussam ea qua constituitur. Non est contractus permutationis, sed fit permutatione rerum. Heidecc. *in L. naturalis* 5. *de præsc. verb. ax.* 13. cuius ratio arguta forte magis quam congrua. Quia, inquit, est contractus omnium primus. Ergo si antiquissimo tempore fuisset nominatus, fuisset alius etiam innominatus, ad cuius discrimen sic dictus esset. Quia igitur nominatus non fuit sua sponte, sequitur quod hodie innominatis sit accensendus, & Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 51. ex ratione quæ lit. seq.

2) Sed A. Fab ad *L.* 7. §. 1. *de pact.* Non propter frequentiam nomen habent. Quid enim frequentius contractu do ut des, do ut facias &c. Sed quia certam sui natura formam & legem habent quæ uno nomine possit exprimi; non æque innominati. Et Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 49. *& seqq.* duas notas contractuum nominatorum refert (1) Ut peculiare nomen inditum habeant, nec in generis appellatione subsistant. (2) Ut certi eorum sint ac determinati fines, nec confusa generis forma contenti, ut Permutatio. Adde Vasc. 3. *contr. usu freq.* 59. *n.* 4. *& seqq.* Vult. *ad* §. *ult. I. de Mandato.*

las, *L. fundi*. *D. de contr. empt.* Sed ideo, quia & partes ſunt eius contractus, cui adhibentur. *d. L. fundi*, *de contr. empt. L. quod ſi nolit*, in fin. *D. de æd. ed.* Unde & bonæ fidei contractibus ineſſe dicuntur. *L. iuris gentium*, *§. quinimmo*, *D. de pact.* & alibi contractu contineri, *L. pacta*, *D. de contr. empt.*

VIII. Sed quæ conventiones iure gentium non pariunt obligationem, poſſunt iure civili confirmari, ut fiant legitimæ, quas diximus. Quod ſi fit, non minus ex his naſcetur obligatio, & actio. *L. legitima*, *D. de pact.* Huius autem generis, quæ quidem ſolo conſenſu valeant, 3 tres ſunt: conſtitutum; contractus emphyteuticus; pactum donationis, quo quis in præſens ſe dicit donare.

IX. Conſtitutum nunc voco brevitatis cauſſa pecuniæ conſtitutæ conventionem. Sic & Ulp. in *L. 1.* in pr. *D. de pec. conſt.* Hæc confirmatur edicto prætoris, qui primus de pecunia conſtituta actionem dedit, cum ſcilicet conſtituta eſt nudo pacto ſine ſtipulatione. *§. de conſtituta*, *Inſt. de act. L. 1. D. de pec. conſt.* Confirmandi cauſſam prætori hanc fuiſſe apparet, quod hic duplex eſſet debitum. Unum prius quod iam ante per ſe conſiſteret: alterum quod illi conſtituendo & conſtabiliendo accederet, novo pacto. Facilius confirmatur quid, quam novo pacto ab initio inducitur. Sed & plus congeminatæ conventioni tribuendum, quam ſimplici & ſoli. Nam quod Ulpianus in *L. 1.* in pr. *D. de pecun. conſt.* ſcribit, ideo prætorem conſtituta conſenſu facta cuſtodire, quoniam grave eſt fidem fallere, ſic accipiendum eſt, quoniam grave eſt in hac ſpecie præter cæteras, quæ nudum pactum habent nulla alia lege confirmatum. Alioqui dicendum erit ex omni pacto ſimiliter actionem debuiſſe dari, ut ſimiliter cuſtodirentur omnia: quoniam in omni pacto ut conſenſus eſt, ita ſimiliter fides interponitur, quæ & ipſa putatur pertinere ad naturalem æquitatem. *L. 1.* in pr. *D. de pact.* Scimus autem ex pacto nudo actionem regulariter non naſci. *L. iuris gentium*, *§. ſed cum nulla*, *§. quinimo*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* Si edictum prætoris recte dictum eſt a Cicerone & veteribus *lex prætoria* propter ſimilitudinem quamdam legis, quam obtinet, non male dicemus conventionem de conſtituta pecunia eſſe legitimam, ut pertineat ad definitionem *L. legitima*, *D. de pact.* etſi abuſive ita edictum prætoris appellari conſtat, quod in uſu iuris a lege cum abſolute lex nominatur, & ab iis, quæ huius legis per ſe vim habent, fere ſemper diſtinguatur. *§. quos autem*, *Inſt. de bon. poſ.*

X. Contractus emphyteuticus, ſi quis naturam, quæ initio fuit, ſpectet, recte referri potuit ad emptionem, aut locationem. Certe a veteribus pro alterutro habitum fuiſſe conſtat, etsi dubitarent illi, pro utro potius, *§. adeo*, *Inſt. de loc. & cond.* Poſtea certam & propriam naturam accepit lege Zenonis, & eadem lege non tam confirmatus, quam comprobatus etiam ex ſolo conſenſu. *L. 1. C. de iur. emphyt.* Etsi igitur Zeno propriam illam naturam quæ ante fuerat, non ſuſtulit, ſed magis confirmavit: tamen quia augendo quodammodo novam fecit, ideo melius eſt fortaſſe hunc quoque contractum inter legitimos, qui conſenſu ſolo actionem pariant, numerari.

XI. Pactum donationis confirmatum eſt conſtitutione Iuſtiniani *L. ſi quis argentum*, *C. de don. §. aliæ*, *Inſt. eod.* ſed illud, quod dixi, quo quis in præſentia ſe donare dicit, ſic enim verba ſunt *L. ſi quis argentum*, in pr. & *§. ult. C. de don.* proinde non id, quo quis ſe promittit poſtea donaturum. De quo dicam amplius loco opportuniore infra *Lib. 13. Cap. 22.* Illud de his conventionibus admonebimus, etſi hæ nudæ ſunt, tamen cum iure confirmatæ pariant actionem, non eſſe, cur vereamur eas appellare contractus, & quæ hinc naſcitur obligatio, eam dicere eſſe ex contractu: cum obligationem contrahere nihil aliud ſit, quam mutuo conſenſu una cum alio in unum aliquem obligationem trahere.

XII. Præter has tres conventiones legitimas nullæ occurrunt in hoc genere, quæ lege confirmatæ ſolo conſenſu pariant obligationem. De tribus tamen iuſte dubitari poteſt, ſponſalibus, nuptiis, dotis pollicitatione, ſeu promiſſione nuda. Sponſalia ſolo conſenſu perfici conſtat. *L. 4. L. ult. D. de Sponſal.* Nuptiæ in eadem cauſſa. *L. nuptias*. *D. de reg. iur.* Sed & Theodoſii conſtitutione ad exactionem dotis ſola promiſſio dotis ſine ſtipulatione ſufficit, ſive mulier promittat dotem, ſive extraneus. *L. ad exactionem*, *C. de dot. prom.* Cur igitur ne-
gemus

3) Imo plures. Quæ tamen contractus, mea ſententia, non recte ſtatuuntur, ut nec hic recenſita exceptio de contractu emphyteutico, qui in recte vocatur conventio legitima nuda, æque, ac multo magis dubito. Sed omnia hic expedire non licet. Vid. de pactis legitimis Baro Cuiac. Ho*. & imprimis A. Fab. ad *d. L. 6.* Ræv. 2. *Var.* 1. & 4. *Var.* 1. Val. Guil. Forſt. *de pact.* C. 4. *membro* 1.

gemus his conventionibus obligationem solo consensu contrahi? Et de sponsalibus, itemque nuptiis non est quod negemus. Nisi forte quis dicat hæc non esse numeranda inter contractus. Quod non ita est. Dicuntur enim & sponsalia & nuptiæ contrahi, ut cæteræ obligationes ex contractu: & inter quos ea peraguntur, dicuntur itidem contrahentes. *L. sponsalia, D. de spons. L. si post dotem, D. sol. matr. Inst. de nupt.* in prin. Sed non numeramus ista inter contractus & conventiones legitimas. Iure gentium enim ista valent ex consensu, non solo iure civili. At isto modo etiam has conventiones supra omissas dixerimus. Non enim ante sunt nominatæ ne inter eas quidem, quas diximus iure gentium solo consensu obligationem parere. Sane non sunt nominatæ aperte: sed sunt illis satis comprehensæ; referuntur enim ad societatem, cuius species sunt nuptiæ, ut paulo post dicemus suo loco. Sponsalia autem etsi hanc societatem nondum habent: tamen quia instituuntur nuptiarum caussa, & ab his esse solet initium nuptiarum, ideo ut ad nuptias pertinentia, ad eas quoque tanquam pars quædam referuntur.

XIII. Quod attinet ad promissionem dotis, non licet de ea idem, quod de sponsalibus, dicere. Valet quidem dos sæpe ad promovendas confirmandasque nuptias, quæ alioqui non facile coiissent, ut & sponsalia. Sed non possunt videri pars eius coniunctionis, quam appellamus nuptias, si quæ sunt, quæ contrahi possunt inter alios, quam inter eos socios, inter quos contrahuntur nuptiæ. Quod genus est obligatio dotis: quam promittere potest etiam extraneus, ut nihilominus superiore constitutione obligetur. Aliter atque sponsalia, quæ non inter alios contrahuntur, quam inter quos & nuptiæ. *L. in sponsalibus, §. 1. D. de spons.* fateamur igitur potius dotis conventionem & pollicitationem ad superiores conventiones non pertinere, neque tamen vitiose putemus omissam inter eas, ex quibus solo consensu nascitur obligatio. Non est enim ex eo genere; sed ex eo, in quo obligatio re contrahitur: si modo ibi re contrahitur, ubi quis quid facit ea lege, ut vicissim ei, quid detur, aut fiat, de quo postea suo ordine. Nam si dos promissa non debetur nisi nuptiis secutis. *L. 3. L. stipulationem, D. de iur. dot.* item nisi pro oneribus matrimonii, quæ maritus sustinet. *L. pro oneribus, C. eod.* apparet maritum non posse dotem exigere, nisi prius quid fecerit, ut eam ex conventione acciperet; puta nuptias contraxerit, aut in contractis perseveret, & matrimonii onera ferat.

XIV. Quapropter non sunt, ut dixi, legitimæ conventiones plures, quam tres superiores, quæ quidem obligationem pariant solo consensu. Nam stipulatio est ipsa quidem legitima conventio & legitimus contractus, utpote iure civili solo actionem pariens. *§. de constituta, Instit. de act.* Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe constitutionibus confirmatam. *Instit. de lit. obl.* Verum apparuit ex superiore divisione contractuum, non contrahi in his obligationem consensu; cum illa dicatur contrahi verbis, hæc literis. Ita fit, ut in his quæ solo consensu valent, solæ illæ, quas dixi, relinquantur. Postulare videbatur hic locus, ut quænam hæ conventiones essent diceremus. Proinde quomodo ita perficerentur, ut id esse inciperet, quod dicuntur: cum non prius possit intelligi, quas conventiones hic receptas ius velit, quam notæ fuerint ipsæ conventiones. Sed cum de harum obligatione separatim dicendum sit postea, cuius explicatio maxima ex parte pendeat ex contractus natura, neque hæc nisi ex genere ipso contractus præcedente possit intelligi: faciendum duxi, ut in ea explicatione coniunctim & de specie ipsa contractus, & de obligatione eius propria diceretur, ne effectus a sua caussa divelleretur longius, divulsus minus perciperetur. Quod & in cæteris similibus sequemur. Quapropter ad reliquas conventiones, quæ iure probentur, pergemus: si prius addiderimus in universum, quid valeat, obligationem contrahi consensu, & consensu solo.

XV. Intelligitur vero solo consensu obligatio contrahi, cum quibuscumque rebus, & inter quoscumque declaratur voluntas & consensus contrahendi, ita inter eos obligatio hoc consensu contrahitur, nec quidquam desideratur præterea. Atque hoc in superioribus conventionibus omnibus accidere his verbis dicimus.

XVI. Consensus & voluntas ita declaratur. Aut enim exprimitur suis indiciis propriis ad rem quamque significandam natura comparatis; aut re aliqua & facto colligitur.

XVII. Propriis indiciis exprimitur voluntas tribus; verbis, scripto, in quo literæ seu epistola, & instrumentum omne; item nutu. De verbis & literis seu epistola constat, eoque nec dubitatur, quin utroque modo recte conveniat inter aliquos, & cum convenerit in superioribus caussis recte obligatio contrahatur. *L. 2. D. de*

D. de pact. quod postea magis patebit ex iis locis, quos in commone indicabimus de superioribus conventionibus. De nutu io cootractibus nusquam legimus satis aperte, quasi nutu solo contrahatur emptio & venditio, aut olla omnino obligatio, quæ consistat consenso. Nam quod scriptum est in *L. obligamur*, io fio. *de obl. & act.* & nudo consensu pleraque consistere, etiam dubiom relinquit, quæ sint illa pleraque. Sed sciamus oon minus & nutum certom indicium voluntatis haberi ad res gerendas io his, qui loqui non possunt. Inde enim nutu, sicut epistola, fideicommissum relinqui posse placuit. *L. nutu, D. de legat.* 3. *L. & in epistola, C. de fid.* Non valent autem fideicommissa nisi voluntate defuncti. *L. pen. D. de leg.* 1. Quocirca non dubitabimus, quin & contractus, qui solo consensu constant, cum eo, qui alteri ex contrahentibus quid volenti annuat, recte ex consensu perficientur.

XVIII. Re quoque, id est facto aliquo convenire posse & obligationem cootrahi traditum est in *L. 2. D. de pact. L. 4. D. pro soc.* Id ita fit, cum ex re & facto aliquo antecedente voluntas colligitur. Atque id tum accidit, cum fieri non potuit, quod factum est, nisi prius conventio præcedens placeret. Ut puta, vendidit aliquis me sciente fundum meum, neque tamen consentiente. Nulla a me cootracta venditio est. Si tamen pretiom accipiam ex caossa, placet videri me fundum vendidisse. Hoc in *L. quidam, D. de evict.* Unde ergo hæc venditio? ex consensu videlicet. Noo enim aliter contrahitur emptio, quam consensu. *L. 1. in fin. L. 2. D. de contr. empt.* Ubi autem consensus in eo, qui de re & pretio nihil aperte convenit? Intelligitur ex eo, quod [4] pretium accepi ab emptore. Non enim potui admittere pretium, nisi prius vellem esse emptionem. Sic fit, ut ex consequente quod probavi, recte colligatur etiam a me probatum fuisse, quod necessario antecedit. *L. illud, D. de acq. her.* Idem ergo dixerimus & in societate, de qua præcipue traditur, hanc coire posse & re & verbis. *L. 4. D. pro soc.* Finge hoc modo. Ex tribus fratribus duo, uoo absente, aut præsente qoidem, sed non consentiente, societatem omnium bonorum paternorum inter se coierunt ita, ut vellent & ad tertium illum fratrem societatem pertioere. Si in dividendo lucro huius societatis tertius ille frater partem a fratribus acceperit ex caussa societatis eius, dicemus videri eum exinde in societatem consensisse, eoque & fratribus socium fieri. Nempe eodem exemplo, quo supra in simili facto emptionem contractam esse diximus.

XIX. Et ut his rebus declaratur voluntas coiusque: sic potest & inter præsentes, & inter absentes. Ioter præsentes quidem superioribus omnibus modis; inter absentes autem aut verbis per nuntium, aot scripto per epistolam seu literas. Atqoe ut hæc ita sunt, ita etiam placuit totidem modis, & inter eosdem supra scriptas conventiones recte coofici, & parere obligationem. Quod in singulis pene conventionibus & contractibus superioribus traditum suis locis, & inculcatum legimus. De emptione in *L. 1. in fin. D. de contr. empt.* De locatione in *L. 1. D. loc.* cum ita dicitur locatio & conductio consensu contrahi sicut emptio & venditio. De societate in *L. 4. D. pro soc.* De mandato in *L. 1. D. mand.* De constituta pecunia in *L. qui autem, §. ult. D. de pec. const.* De contractu emphyteotico existimari potest ex similitudine, quæ huic contractui est cum emptione & venditione, *§. adeo. Inst. de loc.* De pacto donatioois expressum io, *§. aliæ. Inst. de donat.*

XX. His rebus cum dicimos solo consensu perfici obligationem, hoc ipso cætera quæ aliunde esse possunt, removemus, ut non necessaria. Tria sunt ad conventiones confirmandas, aot magis cavendas pertinentia: stipulatio seu verba, rei traditio, seu impletio contractus, & instrumenta quæ rei gestæ fidem continent. *L. divisionis, D. de pact. L. in exercendis, C. de fid. inst.* Negant veteres [5] horum qoidquam necesse esse interveni-

re

[4]) Non igitur sola præsentia id operatur, neque hic tacitus vel præsumptus consensus, sed apertus. vid. Nic. Valla *de reb. dub. tract.* 10. *n.* 1.

[5]) Perficiuntur hi contractus solo consensu; implentur autem & consummantur traditione rei, numeratione pretii vel mercedis &c. Cuiac. 23. *Obs.* 15. Errat itaque Harmenop. *Lib.* 3. *Promptuarii tit.* 3. qui contractum a consummatione illius nesciens distinguere emptionem contrahi scribit, cum hinc res traditur, illinc pretium solvitur aut de eo fides habetur. Consensus autem requiritur præsens, non in futurum collatus. Pactum enim de contrahendo ex. gr. emendo, diversum ab ipso contractu emptionis. Vult. *in pr. I. de Contr. emt. n.* 12. late P. Anton. de Petra *de fideic. ex probib. al. Q.* 8. *n.* 136. *& multis seqq.* Gœdd. *de Contr. stipul. Cap.* 1. *n.* 35. A. Gentil. 2. *de Nupt.* 10. Hinc venditionem ita factam: vendo tibi rem istam 10. aureis, si volueris hoc pretio habere, revocari posse dicunt, si non statim acceptata sit. Beust. *in L.* 5. *§. ultim. & LL. seqq. de iurei. n.* 6. Quamquam verius forte hic nec contractam esse venditionem, ob defectum consensus utrinsque quia, non eodem tempore in idem ab utroque consensum, sed idem sensum diversis temporibus. Consensus autem idem est quod simul sensus, quod vocula *cum* in compositione significat, ut notant vulgo in *L. 1. de pact. ref.* Vasq. 2. *ill. Contr.* 62. *n.* 9.

re in his contractibus, in quibus dicitur obligatio consensu contrahi, nempe ex superiore definitione. *L.* 2. *D. de obl. & act. Inst. de obl. ex cons.*

XXI. De instrumentis & scriptura hoc in universum ius est in contractibus & rebus gestis omnibus, ut non sit necesse hæc adhiberi. Deque his ita definitur, fieri de rebus scripturas, ut quod gestum est per eas facilius probetur. Cæterum & sine his valere, quod gestum est. *L.* 4. *D. de pign. L.* 4. *D. de fid. inst.* Qua tamen in parte excipiendus est contractus emphyteuticus. Hunc cæteris rebus omnibus perfici placet consensu solo. In scriptura singulare hoc habet constitutione Zenonis, ut quæ in eo interveniunt pactiones, ita ratæ sint, si scriptura interveniente placuerint. *d. L.* 1. *C. de iur. emphy.* ut ostendi supra *Lib* 9. *Cap.* 13. Et cæteri verbis idem significari agnoscunt. Agnoscit & Bartolus, etsi addit aliter consuetudine Italiæ observari. Et nos in sua quisque regione quid in eo moribus observetur, videbimus. Si nihil contra erit in more publico, ius illud superius tenebimus. Illud non immerito quæri potest, cum hic scripturam desiderabimus ex superiore constitutione Zenonis, ecquid recte dicturi simus, nihilominus hunc contractum perfici solo consensu. De quo opportunius dicetur in natura huius contractus infra *Lib.* 13. *Cap.* 22.

C A P. X I.

Quæ solo consensu non pariunt obligationem conventiones, quibus rebus accedentibus confirmentur & pariant. Eas res esse, quæ vulgo vocant vestimenta pactorum. In horum tum appellatione, tum divisione quam vulgo erretur. Et refutatus in eo error vulgaris.

Alias esse conventiones, quæ tum demum pariunt obligationem, cum ad consensum aliquid accessit. I.
Accedere iure communi res, aut verba aut literas. II.
Iusiurandum iure singulari, & quatenus. III.
Iurisiurandi obligatio in liberto cur a veteribus prætermissa. IV.
Superiores res quatuor Interpretum vulgus vestimenta pactorum vocat, sed inepto vocabulo. V.
Item vestimenta pactorum plura imperite numerant quam superiora illa quatuor. VI. VII.
Vulgaris illorum enumeratio & divisio per partes refutatur. VIII. IX. X. XI.

I. ET cum superiores conventiones solæ sint eæ, quæ solo consensu pariant obligationem, ut proposuimus, necesse est cæteras omnes conventiones aut omnino obligationem non parere, aut non parere solo consensu, sed cum ad conventionem aliquid accesserit, quo conventio confirmetur. Et vero iure receptæ sunt eæ res certæ, quibus accedentibus confirmetur omnis conventio, quæ per se sola non sufficeret ad obligationem. Quæ sint hæ res, cognoscendum est.

II. Eas veteres duas agnoverunt, rei seu facti velut traditionem, & stipulationem seu verba. Tot enim positæ sunt a Pedio & Ulpiano in *L.* 1. *§.* 1. illic, *adeo autem*, *D. de pact.* ab Hermogeniano in *L. divisionis*, *D. eod.* Atque hinc Caii divisio in *L.* 1. *D. de obl. & act.* qui eas obligationes, quæ ex contractu nascuntur, ita ex suis caussis divisit, ut diceret contrahi aut re, aut verbis, aut consensu. Ubi apparet eum in iis obligationibus, quæ non contrahuntur consensu, id est consensu solo, duas has res ad confirmationem conventionis tantum posuisse; rem, & verba, id est stipulationem. Merito illi: nondum enim satis inter omnes cognita erat literarum obligatio, quæ postea constitutionibus certius recepta est. Ergo hac recepta Iustinianus tertium genus addidit literas, seu chirographum, in mutuo. Unde illa divisio apud illum, ut quæ solo consensu non contrahuntur obligationes, hæ dicantur contrahi aut re, aut verbis, aut literis. *§. ult. Inst. de obl.* ut sit sensus, his modis contrahi obligationem, non cum res sola tradita erit, aut sola verba vel literæ intervenerint; sed cum ad conventionem præcedentem hæc accesserint, aut res, aut verba, aut literæ. Semper enim meminisse debemus, nullum esse contractum sine conventione. *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.*

III. Adiiciemus quartum genus iusiurandum. Nam & ex iureiurando interdum quis

quis obligatur, eum se iuraverit quid præstaturum ex ea caussa, ex qua sine iureiurando non obligaretur. Ubi & iurisiurandi obligatio contrahi dicitur. *L. ut iurisiurandi, D. de oper. lib.* Sed cui solum locus sit in persona liberti iurantis se quid præstaturum patrono libertatis caussa; neque id in re qualibet, sed iurantis se patrono operas, donum, aut munus præstaturum. *L. qui libertinus, d. L. ut iurisiurandi, de oper. lib.* Et est sane hoc ius vetus. Unde mirum videri potest, cur sit a veteribus omissum in hac divisione.

IV. Sed videri potest consulto factum his de caussis. Primum quia raro incidit huius generis obligatio, quæ personæ liliberti, & superiorum rerum cautione inclusa est. Deinde quia in eo ius est [1] singulare, non commune, utpote constitutum non propter iusiurandum solum, sed maxime propter personas, inter quas interponitur, & propter libertatem, cuius caussa res superiores promittuntur. Quod ius neque ad alias res, neque ad alias caussas pertinet. Veteres autem in divisione earum conventionum, atque contractuum, qui non solo consensu pariunt obligationem, eos solum complexi videntur, qui iure communi id efficerent in personis omnibus. Quia tamen & iusiurandum in superiore caussa eodem modo confirmat conventionem; etsi maxime non iure communi id facit in omnes, sed iure singulari in quosdam, non tamen debent a nobis prætermitti. Quærentibus in universum quibus rebus extrinsecus accedentibus confirmetur conventio, quæ sola obligationem non pareret. Sed hoc genere posito licebit ita dicere; conventiones, quæ solo consensu obligationem non pariunt, tribus modis parere iure communi, re, verbis, literis, quæ sunt illa tria, quæ Iustinianus in superiore divisione posuit: iure singulari, iureiurando in liberto & superioribus rebus promissis. Ex quo exsistunt tot contractuum genera, ex quibus non solo consensu obligatio nascitur.

V. Atque ut ex rebus conventionem confirmantibus, simul quænam hæc genera sint, intelligimus; ita vice versa superiore divisione constituta hoc assequimur, ut quæ sint, & quot sint, quæ vulgo dicuntur vestimenta pactorum, de quibus ram multa scripserunt interpretes, statim & certo cognoscamus. Complectitur enim superior divisio eas res, quæ confirment conventionem, cum accesserint, a quibus & divisio ducta est. Atque eæ ipsæ res sunt, quas illi vocant vestimenta pactorum. De quibus ipsi post Accursium ad *L. iurisgentium, §. quinimo, D. de pact. & L. legem, Cod. eod.* Vox [2] Iurisconsultis veteribus inaudita, nec usquam lecta in libris nostris. Ad quam tamen, hac inductione delati sunt. Nam quæ conventiones non pariunt obligationem, hæ in usu iuris & veterum dicuntur nudæ. *d. L. iurisgentium, §. sed cum nulla, de pact. & d. L. legem, C. eod.* Proinde si quæ essent, quæ parerent actionem, putaverunt ex contrario recte dici vestitas: & quæ res confirmarent conventionem, inde recte dici vestimenta: quia contrarium sit nudo vestitum. Sed hoc recte dicitur, cum nudum proprie usurpatur; ut in homine, quem cum dicimus nudum, eum intelligimus, qui vestem non habet, ut proinde si quis habet, necesse sit dici vestitum ex eadem proprietate. At idem imperite transfertur ad conventiones, & res cæteras, quæ dicuntur nudæ in usu iuris. Quoniam hic nudæ [3] dicuntur per metaphoram, quæ sunt solæ, ut dixi supra in pacti nudi explicatione. Soli autem conventioni nulla recte opponitur, nisi conventio non sola. Porro non quidquid non est solum, idem ideo est vestitum ab ea re, propter quam fit, ut non sit solum. Ut, in eodem consensu cum sunt multi, dicuntur singuli non esse soli; neque tamen ideo alios aliorum dixeris vestimenta, aut alios ab aliis vestiri. Quamobrem censeo, ne sic quoque loquamur nos, ne una cum paritate loquendi etiam veritatem

1) De vi iurisiurandi conventionibus, vid. *infra Lib.* 24. *C.* 9. *seu de iures. C.* 1.

2) Coras. 1. *Misc.* 1. insipide & insulse DD. loqui. Cur enim non dicunt vestitam voluntatem, consensum, proprietatem, usum, possessionem, interrogationem. Sic Horatius nudam veritatem vocat, id est, non fucatam nec palliatam. Sic purus locus dicitur, qui nec sacer, nec religiosus, neque tamen propterea locus religiosus impurus. Forcat. *dial.* 70. *n.* 4. Morbi quidam dicuntur acuti, num ideo alii dicentur obtusi? Cuiac. *ad L. 1. §. 1. de pact.* add. Forst. *de pact. C.* 4. *membr.* 2. Tametsi DD. rei intuitu non valde in usurpatione vocis vestiti, licet apud iuris auctores non reperiatur, errare velit Busius *ad L.* 7. *§.* 5 *& seqq. de pact n.* 5. post Costal. *in d. L.* 7. & docendi caussa distinctionem retinendam, Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 2.

3) Nudum varie quid dicitur, scilicet quod nudum est ab ea re quæ illo loco requiritur, Donel. *de usur. C.* 3. & cui ad complementum aliquid deest. Traditio nuda quæ sine voluntate transferendi *L.* 31. *de acq. do.* Voluntas, sine traditione *L.* 17. *§.* 3. *Commod.* Pactum in *L.* 20. *C. de pact.* eodem modo. Consensus, sine verbis vel scriptura *L.* 14. *Locati.* Proprietas, sine usufructu. Possessio sine dominio *L.* 66. *de evict.* Hot. *ad §. interdum* 44. (ipsi 32.) *I. de acq. do.* Baro. *in §.* 1. *I. de obl. ex. cons.* Nuda pactio, pro materia subiecta, nunc pro conventione nec nomen nec caussam habente, nunc pro ea quæ sine traditione, nunc pro contracta ex consensu, qui sine verbis & litteris, *L.* 1. *de Permut.* nunc pro pacto absque stipulatione, etsi insit contractui ut mutuo *L.* 5. *de naut. fœn.* Vid. idem *in §.* 44. *I. de acq. do. & in §.* 1. *I. de usuf. & ad L.* 7. *§.* 4. *de pact.*

tem rei inepto vocabulo amittamus. Sed tamen ita vocant illi vestimenta, ut dixi. Etsi præter veterum morem, nec apte ad rem significandam; tamen permittamus his suo more loqui. Nos rem, quam hoc verbo designari voluerunt, consideremus.

VI. Sunt igitur, ut cœpi dicere, quatuor illa, res, verba, literæ, iusiurandum, res eæ quæ confirmant conventionem & obligationem, & eadem quæ vulgo vocant vestimenta pactorum. De numero eorum, & de vi singulorum illi disputant. Nos proposita divisione superiore, habemus hic, quid sequamur. Igitur interrogati, quæ sint hæc vestimenta pactorum, & conventionum omnium, quibus scilicet accedentibus conventio obligationem pariat, nos admoniti superiore divisione respondebimus, Iure singulari esse iusiurandum in liberto de supra scriptis rebus præstandis iurante: iure communi in omnibus rem, verba seu stipulationem, & literas. Interrogati amplius, pluresne sint res conventionem confirmantes, & ut loquuntur, plura vestimenta pactorum, negabimus; quia superiore divisione iuris non plura sint posita; divisio autem non vitiosa, nisi iuris auctoritatem in divisione certa & recepta convellere volumus. Sed in eo nos iidem illi impediunt, qui plura hæc vestimenta esse docent. Quod cum ad superioris divisionis reprehensionem pertineat, omnino est huius loci, quale id sit, videre: ut si quidem plura sunt, mutata divisione hæc eadem sequamur; si non sunt, reiiciamus, & divisione bene constituta, in ea potius certo acquiescamus.

VII. Ergo Accursius, quem & cæteri fere sunt secuti, ad *d. L. iurisgentium, §. quinimo, D. de pact.* præter 4 superiora illa tria, quæ iure communi valent, quatuor hæc posuit, ut ipse vocat, vestimenta, consensum, cohærentiam contractus, rei interventum, rei promissæ initium seu inchoationem.

VIII. De quibus paucis sic habendum; primum & postremum plane non ea esse, quæ dicunt, vestimenta, id est non esse eas res, quæ confirment ullo modo conventionem. Secundum autem & tertium etsi sunt ea, quæ confirment, esse tamen eiusmodi, quæ ad superiora genera referri debeant, non constituant nova. Primum statuunt in istis quatuor consensum, quo volunt conventionem confirmari & vestiri ad obligationem: scilicet quia sunt obligationes quædam, quæ contrahuntur consensu. Imperite admodum, & falso. Imperite, quod quæ obligationes dicuntur consensu contrahi in superiore divisione, sunt eæ, quæ contrahuntur consensu solo. Proinde nullam aliam conventionis confirmationem seu vestimentum desiderant, solo consensu & conventione sua contentæ. Isti autem in re, quæ aliud vestimentum non habet, nec desiderat, vestimentum quærunt & dant, quod non est. Quod si quid in his posset aut deberet esse vestimentum conventionis; tamen non posset dici esse consensus, nisi falso. Non potest denique consensus ullius conventionis esse vestimentum. Idque ita evidentissime demonstratur. Nulla res potest esse sui ipsius confirmatio, aut vestimentum. Necesse est enim aliud esse, quod confirmat, & aliud quod confirmatur: aliud quod vestitur, & aliud eius rei vestimentum. At conventio in contractibus est ea res, quæ iure confirmatur, comprobaturve ad obligationem. Atque hæc conventio omnis nihil aliud est, quam consensus. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Quare non potest hic consensus atque ulla conventio confirmari consensu. Ubi eventurum sit, ut eadem res sit consensus qui confirmetur, & consensus qui confirmet. Quod natura non patitur.

IX. Secundo loco statuunt cohærentiam contractus. Sic vocant eam coniunctionem contractus cum conventione, cum initio alicuius contractus convenit, ut aliquid fieret præter ea, quæ principaliter in contractum deducuntur. Quo ex genere, si conventio in bonæ fidei contractu in continenti, id est in negotio gerendo, intervenerit, non aliter nascitur obligatio, quam ex contractu ipso. *L. iuris gentium, §. quinimo, D. de pact. L. in bonæ, C. eod.* Utputa, vendidi tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud. Valet conventio non aliter, quam emptio ipsius fundi. *L. si in emptione.* in pr. *L. fistulas, C. de contr. empt.* Et e converso quod meo com-

4) Zas. *in Parat. de pact. n.* 11. 5. addit & in universum octo refert: Rem, Consensus exhuberantiam, Verba, Cohærentiam contractus, Litteras, Rei interventum in contractibus innominatis, qui ab initio invalidi. Executionis principium & auxilium legis. Sane legitima pacta quod nuda non sint verius puto, cum Ræv. 2. *Var.* 1. Greg. Lopez. *Animad. Cap.* 8. *n.* 12. & A. Fab. *ad L. 6. de pact.* (licet, ut recte Faber, nisi adiuvarentur lege, nuda essent) tametsi diss. Cuiac. ad *d. L.* 6. *&* 11. *Obs.* 17. & noster Donel. *Cap. praced. & ad L.* 10. *C. de pact.* & quos refert ac sequitur Forst. *de Pact. C.* 4. *Memb.* 2. *pag.* 63. Vide de pactis nudis ac vestitis Vacon. 1. *Declar.* 23. Io. Bapt. *Caccial. de Pactis* Q. 6.

commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede. Valet & hæc conventio non secus, quam de pretio alterius partis. *L. fundi*, *D. de contr. empt.* Et hanc vim huiusmodi conventionum contractui tribuunt, cui cohærent. Quas ideo cohærentia contractus confirmari & vestiri dicunt. Et quod dicunt has conventiones valere, apparet certi iuris esse, ex iis quæ diximus. Falluntur in eo, quod has conventiones distinguunt ab iis contractibus quibus adhibentur, cum nihil aliud sint, quam eorum contractuum partes. Veterum sententia est, quod venditioni accedit, venditionis partem esse. *L. quod si nolit*, *§. ult. D. de Ædil. ed.* Itaque quod fundo accedere debet, ideo debetur, quia pars est rei venditæ, unde & actione ex empto recte petitur, *d. L. si in emptione. de cont. empt.* Et cum ad pretium rei venditæ accedere debet alterius rei merces, sic debetur tanquam pars pretii, ideo & peti potest actione ex vendito, ut est in *d. L. fundi. de contr. empt.* Aut igitur hi contractus earum conventionum vestimenta non sunt, quod certe non male dici potest, cum idem contractus sui ipsius non possit esse vestimentum; aut si quis esse dicet: male tamen distinguuntur hæ conventiones a suis contractibus, quorum partem faciunt: cum dici debeant obligationem parere eodem modo, quo & contractus, ut & pariunt. Nam & ex his eadem actio, quæ ex reliquo contractu; ut in emptione emptori ex empto, ut præstetur quod ad fundum venditum accedere debuit; venditori ex vendito ad id consequendum, quod accedere debuit ad pretium. *d. L. fundi. de contr. empt.* Male & illud, quod his conventionibus dicunt obligationem nasci per cohærentiam contractus. Dicere debuerunt cum veteribus obligationem ex his nasci, quia insunt bonæ fidei contractibus, ut est in *d. L. iuris gentium §. quinimmo, de pact.* Inesse autem dicuntur, non quæ cohærent ut in rebus diversis accidit, sed quæ pars sunt ipsius contractus, ut explicatur in *d. L. fundi. de contr. empt.* qua ratione & ex eodem contractu esse, & contractu contineri dicuntur a veteribus, ut in *d. L. iuris gentium*, *§. quinimo*, *de pact*, & *L. pacta*, *D. de contr. empt.*

X. Tertio loco faciunt pactorum vestimentum, rei interventum, Sic vocant id, quod dedi aut feci tibi, ut vicissim mihi quid dares aut faceres, quo non dato aut facto, mihi ex conventione sola non obligareris. Sic enim fit, ut dati illius aut facti interventus confirmet conventionem, ut sic deinde nascatur hinc obligatio. Et recte statuunt hanc conventionis confirmationem seu vestimentum. Vere enim sic confirmatur conventio omnis, & parit hoc rei interventu obligationem. *L. ex placito*, *C. de rer. per. L. divisionis*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* Sed non recte, quod hoc novum faciunt vestimenti genus, & distinguunt ab eo, quod in superiore divisione iuris res dicitur. Quid est enim rei interventus, nisi 5 res interveniens? Plane hæc eadem. Ut in *L. divisionis*, *D. de pact.* dicitur placitum divisionis, idest permutationis rerum communium, sumere effectum rei traditinne. At hoc ipsum est, quod alibi dicitur sumere effectum obligationis ex re tradita, seu ex re secuta. *L. 1. D. de rer. perm. L. ex placito*, *C. eod.* Quocirca rei interventu contrahi obligationem, & eamdem re contrahi idem valent; ut profecto non debuerit iste rei interventus quem vocant, ab hoc genere separari. De quo plura *sequenti capite*.

XI. Postremo statuit Accursius in hoc genere vestimentorum operis promissi initium seu incœptionem ex hac caussa. Nam si quis pollicitus sit reipublicæ se opus facturum, aut ad opus publicum faciendum se pecuniam collaturum, primo quidem non tenetur sola pollicitatione, si sine iusta caussa promiserit. Sed si cœperit facere, incipit obligari, ut perficiat. *L. 1. §. 1. D. de poll.* Et hoc in caussa publica, atque eo opere, quod promittitur reipublicæ recte dicitur. Ad conventiones & pollicitationes privatas aut ad alias res quam opera publica non pertinet. Quin generaliter ita definiemus; si quis quid promiserit quod initium faciendi & progressum desideret, ut opus, aut aliquam summam certis annis: si promiserit nudo pacto ita, ut solo consensu non obligetur, nunquam ideo obligatum iri, quia vel facere vel aliquoties dare, quod promiserat, cœperit. *L. si certis*, *C. de pact.* Id si in pactis ius est, multo magis probandum est in pollicitatione, quæ est solius offerentis promissum. Nihil ad rem pertinet superius exemplum. Ius enim singulare est in pollicitatione operis publici in civitatem collata. Ius contra rationem iuris communis introductum, proinde non producendum ad consequentias. *L. quod vero*,

5) Diff. Gomez, 2. *Resol.* 8. *et not. infra Lib.* 14. *C.* 10.

vero, *D. de legib.* Stet igitur non plures res esse, quæ confirment conventionem alioqui per se inutilem, quam iure communi hæc tria, rem, verba, literas; iure singulari iusiurandum in liberto, & & iis rebus quas diximus. Simul rata sit divisio superior, quæ hoc efficit, quæ obligationes non solo consensu contrahuntur, non aliter iure communi contrahi, quam re, verbis, literis: iure singulari iureiurando. Meminerimusque hanc esse sententiam, non ut in his contrahatur obligatio re sola, aut solis verbis, aut solis literis; sed ut contrahatur non sine conventione quidem, verum non conventione sola, sed cum ad conventionem unum horum aliquod accesserit, aut res, aut verba, aut literæ, aut in liberto iusiurandum. Ac de iureiurando ubi, & quando obligationem pariat satis intellectum est ex his paucis, quæ de obligatione liberti diximus in hac specie. Quid sit autem re, aut verbis, literisve contrahi obligationem, incertius est, & indiget pluribus verbis. Ideo de singulis sigillatim dicemus.

C A P. XII.

Re contrahi obligationem, quid sit. Generaliter autem recte definiri, hoc modo obligationem contrahi, quoties dedi tibi aut feci aliquid ea lege, ut mihi item quid dares, aut faceres, sive idem sive aliud: si modo alioqui sola conventione nata non esset obligatio.

Re contrahendarum obligationum tractatio & a Caio in L. 1. D. de O. & A. *& a Iustiniano in* Institutionibus *tradita, obscura satis, & imperfecta.* I.
Ex certis iuris principiis suo ordini atque elegantiæ ab auctore restituta. II.
Satis apta rei definitione: quæ præcipua duo; conventionem, & dationem, seu factum complectitur. III. IV.
Ex datione seu facto civilis obligatio nascitur in id, ut contrahentium alter quid det vicissim, aut faciat. V.
Excipiuntur usuræ, sed inter privatos dumtaxat, & instrictis iudiciis. VI.
Superiori obligationi, præter consensum datio vel factum caussam atque initium præbet. VII. IX.
Ast obligatio quæ e solo consensu emergit; etiam re secuta, non re, sed consensu perficitur dumtaxat; quibus in contractibus ista cernatur. VIII.
In conventionibus, in quibus traditio rei initium præbet obligationi, sive ea lege ut res eadem restituatur, sive ut quid aliud detur aut fiat; traditione in omnibus secuta, re statim contrahitur obligatio; & quare. X.
Et has quidem omnes, quomodocunque vel factum, vel datio, caussa obligationis præcesserit, eum verbi significatione, tum auctoritate iuris ad id contractuum genus referri, qui re contrahuntur. XI. XII.
Ideo non semel peccare Interpretes, qui illas ad quintum genus obligationum revocent. XIII.

I. Quid sit re contrahi obligationem, & qui huius generis sint contractus, quæ species, frustra quæratur ex divisione & tractatione Caii, quæ exstat de hoc genere in *L. 1. D. de obl. & act.* quam eamdem transtulit Iustinianus in *Tit. Inst. quib. mod. re contr. obl.* Non modo enim id non explicatur superiore tractatione: sed etiam prope dixerim ea tractatio tota huius generis cognitionem impedit. Nam cum duæ res sint ad genus aliquod & species eius generis cognoscendas necessariæ, definitio rei, & divisio, seu specierum enumeratio: utrumque in superiore tractatione longe lateque est prætermissum. Definitio nulla, non dico subtilis aliqua, & artificiosa, quam non requirimus, dum res intelligatur: sed ne tenuis quidem explicatio, qua significetur, quid sit re obligationem contrahi; ut ex ea descriptione, si quæ conventio aut factum proponatur, conventionem aut factum huius generis agnoscere possimus. Tantum dixit Caius, re contrahi obligationem, veluti mutui datione, ac deinde aliquot species eiusdem generis postea enumeravit. Idem & Iustinianus totidem verbis, *Tit. quib. mod. re contr. oblig.* At hinc error legenti obiicitur, potius, quam res explicatur, si sunt

sunt plures species huius generis, nec sunt superioribus similes. Quid enim ex his exemplis aut eorum enumeratione aliud colligamus, quam aut in his solis consistere hanc obligationem, aut in his & similibus, ut sic deinde iniciiatur quærendi labor, qui sint isti similes? Atqui non sunt paucæ aliæ caussæ dissimiles, sed innumeræ, quæ non modo non intelligantur ex superioribus, sed etiam his reiiciantur, si tantum enumeratas illas sequi placet. Denique non tantum omissæ sunt species quædam eius generis, in quo versatur mutuum, commodatum, & reliquæ, de quibus est apud illos: sed etiam prætermissa genera summa duo late patentia. Unum earum caussarum, in quibus quæ ob caussam data sunt, aut donata simpliciter, revocantur aut ex errore dantis, aut ex pœnitentia. In quo genere sunt, condictio indebiti, condictio ob caussam dati re non secuta, donatorum caussa mortis, & rerum simpliciter donatarum revocatio ex suis caussis. Alterum genus est contractuum incertorum, [1] seu innominatorum, ut vulgo vocant. Cuius generis hæ species, cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. In quibus omnibus mihi certum est & nasci obligationem ex contractu & negotio gesto, & hanc re contrahi. Cumque sint contractus, non posse his inter contractus alibi locum, quam in hoc genere assignari. Quod & definitio & divisio generis subiecta declarabit.

II. Omnino igitur hoc genus aliam explicationem & tractationem desiderat: in qua res ex aliis locis & certis principiis iuris nobis accersenda est, & danda opera, ut multitudo illa negotiorum atque contractuum, quæ in superioribus generibus est, quæ usque adhuc incertis vagata est sedibus in iure nostro, & nullum adhuc locum in hac divisione contractuum reperire potuit: ab errore in viam, & ad hoc genus tanquam ad suas sedes; ab incertitudine caussarum huius obligationis ad suas caussas & certa genera, ac certitudinem præceptionis transferatur. Id ita recte fiet, si initio constituerimus, quid sit re obligationem contrahi, seu quod idem est, quid sit conventionem re parere obligationem; seu quid, contractum re fieri. Ex quo etiam, quam variæ species negotiorum, atque contractuum ad hoc genus pertineant, intelligetur.

III. Et ut verbis dicitur contrahi obligatio, cum verba, id est stipulatio ad consensum accedens constituit obligationem: *Inst. de verb. obl. L. divisionis, D. de pact.* ut contrahi literis, cum scriptura ad reddendæ pecuniæ conventionem accedens facit, ut obligatio hinc nascatur: *Inst. de lit. obl.* sic non aliud intelligere possumus aut debemus esse, re contrahi obligationem, quam cum res ad conventionem accedens perficit obligationem: vel ut in permutatione aliis verbis expressit Paulus, cum res tradita aut facta ad conventionem accedens initium obligationi præbet. Hoc ille de permutatione in *L. 1. D. de rer. permut.* & simul hac nota ab iis contractibus distinguit, qui nudo consensu constituunt obligationem. Emptio, inquit, & venditio nuda consentientium voluntate contrahitur. Permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet. Quibus verbis aperte indicat, etiam ex permutatione nasci obligationem; hanc autem non contrahi consensu solo, sed ex re secuta: quod plane nihil aliud est, quam contrahi re, ubi solum res conventioni accedens initium obligationi fecit. Sed hoc adhuc obscurius, & incertius. Quæretur enim amplius, quæ sit illa conventio, quam hic intelligi volumus. Quæ item & a quo res illa, quæ isti conventioni accedens efficiat obligationem, & num quæcumque res ita accesserit, recte in universum dicamus ibi obligationem re contrahi.

IV. Sic ergo potius definiamus explicatius & certius, unde horum unumquodque intelligatur. Re contrahitur obligatio, cum dedi tibi quid, aut feci voluntate tua, ea conventione interposita, ut vicissim mihi dares quid, aut faceres, idque tunc, cum non aliter nasceretur obligatio, quam si prius illud datum aut factum meum præcessisset. Definitio superiora illa tria complectitur. Membra consideremus. Principio hoc statuit, obligationem, ut re contrahatur, duas res desiderare, rem, & conventionem; ut neque conventio sola obli-

1) Vult. *ad pr. I. de Obl. n.* 43. de contractibus innominatis altum in Institutionibus silentium sive incuria Triboniani, seu quod ea doctrina intricatior, quam ut tyronibus proponi debeat, quod magis placet. Sed & Caius *in L. 1. §. 2. de O. & A.* videtur divisionem tantum certorum contractuum tradere voluisse. Quod facilius probari poterit si verba *ex variis figuris d. L. 1. pr.* accipiamus de contractibus incertis, cum Hotomanno & Hoppero; vid. *supra Cap. 5. N. 3.* Forte etiam visum est, quia confusa ac indigesta eorum forma, certa nec definitione nec divisione posse comprehendi. Nec eadem penitus ratio horum, quæ contractuum realium certorum. Hic enim semper conventio traditioni rei coniuncta. Illic potest implementum rei subsequi. Ut si conveniat de manumittendo Sticho ut mihi Pamphilum dares, vel ut P. manumittas, hic etsi post intervallum aliquod manumisero, ex tempore illo initium præbetur obligationi &c.

obligationem hic pariat, neque res sola tibi data aut facta voluntate tua: sed utrumque ita, cum ad conventionem res aut coniuncta aut postea secuta accesserit. Si quæritur, quam hic conventionem & rem dicamus, hæ sunt. Conventio est, qua convenit inter nos, ut nihil dares aut faceres. Conventio omnium contractuum communis, eademque in omnibus ante omnia ad obligationem necessaria. Ut quanvis ego tibi dederim quid aut fecerim voluntate tua, non ideo magis mihi obligeris, nisi hoc ipsum convenerit, ut mihi etiam quid dares aut faceres. Generaliter enim tenendum est illud Pedii, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Idque ipsum est, quod in hac specie Iulianus definivit, non omnem numerationem eum obligare qui accepit, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligetur, *L. non omnis, D. si cert. pet.* Res, quam hic accedere volumus, est id, quod prius tibi dedi aut feci, ea conventione, ut mihi dares quid aut faceres. Hac re accedente, de iure huius facti duo dicimus: nempe & hinc nasci obligationem qua mihi tenearis, & hanc obligationem re contrahi, ubi alioqui sola conventione obligatio nata non esset. Horum utrumque quale sit, & quam verum, videamus.

V. Ac de obligatione, quæ ex huiusmodi datione aut facto nascatur, iuris certi sententia hæc est. Quoties dedi tibi quid, aut feci, ut dares aut faceres, non iam hic pactum nudum esse. Ideo hinc nasci civilem obligationem & actionem in hoc ut des aut facias id, de quo convenit, sive conventio per se sola obligationem pareret sine facto meo, sive non pareret. *L. legem, C. de pact. L. naturalis* tota, *L. solent, D. de præs. ver.* Quam sententiam Ulpianus extulit aliis verbis in *L. iuris gentium* vers. 1. *D. de pact.* ut scilicet quanvis conventio in alium contractum (ideSt in aliud nomen contractus) non transeat: si tamen subsit caussa, & caussa præter conventionem (hoc enim addidit postea in §. *sed cum nulla.*) Tum nascatur obligatio iure civili. Simul quid caussam vocet præter conventionem, exemplo declarat, idque esse vult intelligi, cum dedi tibi aut feci supra scripta lege, ut mihi quid des aut facias. Significans ut supra attigi, duplicem hic caussam esse, cur mihi dare debeas, conventionem quidem in primis, sine qua nihil deberes; sed tamen non solam, quæ sufficiat; sed & hanc caussam præter conventionem, quod dedi aut feci prius hac ipsa lege, ut mihi dares aut faceres.

VI. Excipiuntur hic usuræ in stricti iuris contractibus. Placet enim eas nisi in stipulatum deductas in his iudiciis non deberi. *L.* 3. *C. de usur.* ut quamvis forte pecuniam mutuam tibi dederim nominatim hac lege, ut insuper quid præstares, nihilomagis ex pacto sis debiturus. *L. si tibi, D. de pact.* scilicet quia usura est, quidquid placet supra sortem præstari. Hoc in privatis. Civitatibus enim etiam ex hoc pacto, quanvis a stipulatione nudo, debentur usuræ creditarum ab eis pecuniarum. *L. etiam, D. de usur.* Sed & in bonæ fidei iudiciis usuræ ex conventione, quæ initio contractus interposita sit, debentur. *L. initio, C. de pact. int. empt.* Sic fit, ut & hæ ipsæ dumtaxat inter privatos & in strictis iudiciis sint exceptæ. Quo magis in omnibus aliis rebus confirmatur in universum sententia superior, ut quoties dedi tibi aut feci quid, ut & ipse quid dares, aut faceres, probandum sit hinc nasci obligationem, qua mihi teneris ad dandum aut faciendum, quod ex conventione præstari debuit. Hæc de obligatione.

VII. Proxima quæstio est, an quæ hic nascitur obligatio, dicenda sit re contrahi, an aliter. Dicendum est, quod supra utraque definitione sum complexus, ita demum hic obligationem re contrahi, si hæc ipsa datio mea, aut factum initium præbuit obligationi, id est tale fuit, ut nisi ita dedissem fecissemve prius, nulla nasceretur obligatio. Sic enim fit, ut in hac specie caussa obligationis & initium vere sit [2] in re; qua non interveniente, nihil profuisset præcedere consensum rem omnium conventionum & contractuum communem. Proinde si quis erit contractus, in quo, & re non secuta, obligatio constitueretur consensu: etiam, re secuta, dicemus in eo genere rem consensu contrahi; non re.

VIII. Huius generis contractus sunt superiores illi, in quibus obligationem solo consensu contrahi diximus, & in quibus mutuæ sunt præstationes, ut dici possit unum ex contrahentibus quid dedisse, aut fecisse, ut alter invicem quid daret, faceret.

2) Vult. *in* §. *ult. I. de obl. n.* 3. ubi nisi res ipsa tradatur, contractus imperfectus; & Alex. Piccnard. *ad Rub. I. Quib. mod. re.* vers. *noto primo.* Ac necesse est ut res sit corpore suo præsens. Quod in emptione necesse non est, sed potest Ephesi vendi res Romæ sita. Vult. *in pr. I. Quib. mod. re. n.* 4. 5. 6. vid. & A. Fab. *ad L.* 1. §. 3. *de pact.* Mozz. *de Contr. tit. Qua veniant appell. rei n.* 4. *& seqq.*

ceret. Sunt autem hi emptio & venditio, locatio & conductio, mandatum, societas, contractus emphyteuticus. Finge hoc modo: Vendidi tibi fundum, & tradidi, ut mihi pretium dares. Nempe dedi, ut dares. Ac te etiam mihi obligari constat, ut des: sive quia simpliciter emptio est, *L. ex empto*, *D. de act. empt.* sive quia hoc etiam accessit, ut tibi prius darem fundum, aut traderem. *d. L. legem*, *C. de pact.* Quid dicemus? an quia res secuta est, & tibi prius dedi, ut dares, idcirco re contrahi obligationem? Immo consensu, non re, sicuti si ab initio non tradito fundo emptio solo consensu contracta esset. Quocumque enim modo contracta sit, semper certe emptio est, & re non tradita, & tradita. *L. naturalis*, *1. resp. D. de præscr. verb.* Emptio autem qualis qualis sit, semper consensu solo constituitur. *L. 1.* in pr. *L. 2. D. de contr. empt.* Sed & fundo tradito, ideo dici non potest obligatio re contracta; quia si postea traditus est, non desinit emptio contracta esse consensu, quæ ab initio consensu contracta est. Si statim initio, non tamen propter eam traditionem obligatio nata est, cum & sine eo emptio esset futura. Ubi autem res initium obligationi non dedit, ibi re obligatio contracta dici non potest. Idemque in cæteris eiusdem generis contractibus dicendum est, ubi quid unus dedit, ut alter vicissim quid præstaret.

IX. Quod si quæ erant negotia & conventiones eiusmodi, in quibus, re non secuta, non constitueretur obligatio consensu: tum vere dixerimus cum dedi aut feci, ut dares aut faceres, in his ut contrahitur semper obligatio; ita & re contrahi, quia res secuta initium obligationi præbeat, id est in caussa sit, cur obligatio nascatur. Id autem si superiores illas exceperis quas dixi, emptionem, locationem, mandatum, societatem, contractum emphyteuticum, accidit in reliquis conventionibus omnibus. Quippe quæ aut non pariant obligationem solo consensu, aut non habeant mutuas præstationes, quas nunc quærimus.

X. Sed an in his ipsis conventionibus reliquis, cum dedi tibi aliquid, ut vicissim quid dares aut faceres, hoc ipso contrahitur re obligatio in omnibus? Constat quidem in his contrahi, in quibus traditione ipsa id agitur, ut eadem res restituatur, ut in mutuo, commodato, deposito, pignore. *Institut. quibus mod. re contr. oblig.* At quid si dem tibi, ut aliud quid des, aut facias, ut in permutatione? Nihilominus dicemus & hic obligationem re contrahi, ubi non aliter obligareris, quam si tibi dedissem. Sic enim & hic res a me data fecit, ut obligareris, &, ut loquimur, initium obligationi dedit. Ex re igitur hæc primum obligatio. Quid est autem ex re esse, nisi re contrahi? Nec aliunde magis intelligi potest, quam recte ita definiatur, quam ex mutuo. Cur enim contrahitur re mutuum? Quia non contrahitur, nisi pecunia proficiscatur in debitorem, ut sic initium obligationis nascatur a re & pecunia tradita. *L. secunda §. penult. D. si cert. pet.* At non aliter contrahitur obligatio in permutatione, omninoque in ea dicitur res tradita initium obligationi præbere. *d. L. prima*, *D. de rer. perm.* Sit igitur & hic conventio ea, ubi obligatio re contrahatur, & generaliter cum dedi tibi quid, ut faceres, sive id actum sit, ut rem eamdem redderes, sive ut aliud dares, aut faceres: dum ita sit obligatio, ut non contraheretur aliter, quam si tibi dedissem. Non diffiteor veteres proprie & specialiter tunc dixisse obligationem re contrahi, cum res ita data traditave est, ut restitui deberet eadem vel genere ut in mutuo, vel in specie ut in commodato. Quod non tantum indicat tractatio Caii & Iustiniani de hoc genere, in qua illi totum hoc genus intra has species & similes concluserunt: *L. prima D. de oblig. & actio. Inst. quibus mod. re contr. oblig.* sed multo evidentius illa sententia Pauli, quæ extat in *L. si tibi*, *D. de pact.* re non posse obligationem contrahi, nisi quatenus, seu ultra quam datum sit. Quæ sane sententia iis contractibus & conventionibus convenire non potest, in quibus do tibi Pamphilum ut mihi aliud des aut facias: quoniam hoc ipsum aliud est ultra id, quod tibi dedi. Sed etiam hic fatendum est, nimis hoc anguste & præcise dici, nec satis rei, de qua agitur, aut significationi verborum convenienter. Nam si vere dicendum est cum dedi tibi quid, ut des aut facias, non nascitur obligatio ex eo, quod idem aut aliud mihi præstare debes, quod post contractam obligationem secuturum est; sed ex iis, quæ præcesserunt, obligationis caussis, quæ duæ sunt; conventio, & præter conventionem res tradita, ut dares faceres. Proinde ubicumque hæ caussæ antecesserint, dicendum est in iisdem caussis idem effectum agnosci debere, id est & hic pariter contrahi obligationem. Idque ipsum plane est ex verbi significatione: cum & hic similiter res tradita initium præbeat obligationi. XI.

XI. Quid, si non dedi, sed feci tibi aliquid, ut vicissim quid dares aut faceres? puta manumisi Stichum, ut mihi Pamphilum dares, manumisi, ut manumitteres. Te quidem mihi obligari constat, ut facias, quod promisisti, idque iam supra effectum est. *L. solent, D. de praes. verb.* Sed an hic quoque dicemus re obligationem contrahi, ut definitione complexi sumus, an aliter. Movet, quod facta non sunt res, ut videtur. Certe a rebus distinguuntur in *§. ult. Inst. de verbor. obl.* his verbis, *non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri.* Et probandum est, etiam in hoc genere non aliter, quam supra, re contrahi obligationem. Quidni, si factum aeque hic praebet initium obligationi, & factum res est? Atque hic factum obligationi caussam praebet non minus, quam cum rem dedi aut tradidi: & si de verbis quaeritur, facta quoque omnia res sunt, & passim verbo rei significantur a nostris. Manumissus est servus: hoc factum res est, nempe manumissio. Negotia gesta sunt: & hoc factum res est, nempe rerum administratio. Idemque de caeteris factis dicendum est. In usu autem iuris nihil frequentius, quam factum rem dici, & verbo *rei* facta quaevis intelligi, ut patet ex his formulis loquendi. Cui *rei* dolus non aberit, quanti ea *res* erit, tantam pecuniam dari. *L. stipulatio ista, 38. §. si quis dolum, D. de verb. obligat.* cui rei, id est cui facto & conventioni. Quanti ea res erit; id est quanti id factum, quod me deceperis. Item in edicto de his qui deiecerunt vel effuderunt. *L. 1.* in pr. *eod. tit.* Illud, quantum ex ea *re* damnum datum factumve erit: valet, quantum ex ea deiectione & effusione. Et *ibidem.* Quantum ob eam *rem* aequum iudici videbitur, significat, quantum aequum videbitur ob id factum, quod libero homini nocitum esse dicetur, ut nominatim praecesserat in eadem clausula. Item stipulatio ex *re* ipsa dilationem capit, id est ex eo, quod promissum est, sive in dando sit, sive in faciendo: ut, si domum aedificari, aut operae promissae sint. *L. interdum, 73. D. de verbor. oblig.* Et veteres tractatum atque obligationem ob *rem* dati vocant, non solum cum dedi tibi, ut rem aliquam dares, sed etiam cum dedi ut aliquid faceres; aut aliquid sequeretur: significantes & hoc omne, quod fieri debet, propter quod tibi do, *rem* esse. *L. naturalis,* in pr. *D. de praes. verb. L. damus, D. de cond. ind.* At distinguuntur facta a rebus in *§. ult. Instit. de verb. oblig.* Non utique proprietate & significatione verbi *rei*, sed loquentis instituto, qui haec duo coniungens, verbo *rei* voluit intelligi non rem quamlibet, sed eam, quae detur; facti autem verbo quidquid ita fit, ut res non detur. Id enim exprimere volunt, quod est in *L. 2. D. de verb. obl.* stipulationum quasdam in *dando* esse, quasdam in *faciendo*. Nec novum, ut quae verba vi sua generalia sunt, cum aliis iunguntur eiusdem generis, tum ad species distinctas significandas contrahantur docendi caussa; ut factum videmus, cum in aliis innumeris, tum maxime in verbis iniusti, rupti, & irriti testamenti. De quibus etiam testatur Iustinianus in *§. alio, Inst. quib. mod. testam. infirm.* Illuc igitur redeo, si cum feci, ut dares quid, aut faceres; factum meum initium obligationi dedit non aliter, quam cum dedi, ut dares aut faceres; & id factum meum res est: si in priore genere illic ob caussam re contrahitur obligatio, dici nihil posse, cur non & in hoc ob eamdem caussam pariter re contrahatur. Quo efficitur verum esse, superiorem definitionem in omnes partes, ut sive dedi tibi quid, sive feci, ea lege ut dares aut faceres, vel idem vel aliud; semper probandum sit, ea re data aut facta, recte dici contrahi obligationem, ac proinde simpliciter re, ubi nisi ea re intervenient te non esset obligatio solo consensu contracta.

XII. Cum hoc rectissime dicitur ex verbi significatione, ubi scilicet in omnibus pariter res data aut facta initium obligationi praebet; tum vero ita statui ad iuris auctoritatem omnino necesse est, ne quis hic a me innovari quid contra eam auctoritatem criminetur. Non enim potest dici aliter, si volumus divisionem superiorem contractuum a veteribus traditam & receptam defendi. Sic veteres diviserunt, ut dicerent omnem obligationem ex contractu aut re contrahi, aut verbis, aut consensu. *L. 1. D. de obl. & act. L. 1. §. 1. D. de pact.* Iustinianus ex constitutionibus posteriorum Imperatorum addidit, aut literis. *§. ult. Inst. de obl.* At omnes hae conventiones, quibus dedi tibi aut feci aliquid, ut dares aut faceres, sunt contractus. Congruit definitio. Sunt enim duorum pluriumve consensus in hoc, ut unus quid det aut faciat alteri, iure ad eam rem comprobatus. Comprobatum esse declarat obligatio & actio, quae inde nascitur. *L. iuris gentium,* in princ. *D. de pact. d. L. naturalis, D. de praes. verb.*

Sed & contractus, ut pro certo habeatur, ita dicuntur a veteribus. *L.* 3. *L. si dominus*, in fin. *L. ob eam*, seq. *de præs. verb.* Si contractus, necesse est aut mancam esse superiorem divisionem contractuum, aut hos contractus ad unum aliquod genus illius divisionis pertinere. Atqui ad cætera non pertinent. Non enim contrahitur in his obligatio consensu, sed, re tantum secuta, id est cum prius dedi aut feci ad obligationem futuram. *L. ex placito, C. de rer. permut. L.* 1. *D. eod.* Sed nec verbis, idest stipulatione, aut literis. Proponimus enim rem sine stipulatione gestam. Literarum obligatio quæ in mutui caussa versatur, has conventiones non attingit. Relinquitur igitur, hoc unum ex superiore divisione, ut ex eo genere contractuum obligatio re contrahi intelligatur.

XIII. Scio vulgo interpretes dum hoc genus contractuum ab iis, qui re fiunt, removent, quintum genus admisisse, in quo volunt obligationem contrahi rei interventu. Hunc enim vocant interventum rei, cum dedi tibi, aut feci prius, quo vicissim quid dares aut faceres, de quo supra dixi. Sed hoc bis vitiose. Primum quod dum novum genus inducere se verbis putant, reipsa idem statuunt. Quid est enim, ut ante dixi, rei interventus, nisi res interveniens? ut profecto nihil aliud sit contrahi obligationem rei interventu, quam re contrahi. Deinde non vident novo genere admisso, se hoc dicere, vitiosam esse divisionem iuris certi, cui saltem hoc genus desit. Erat autem interpretum divisiones iure receptas tueri, non infirmare; nisi quid esset, quo mancas esse, aut aliter vitiosas liquido probaretur. Quæ cum ita sint, constat iam definitionem supra a nobis positam veram esse, & quæcumque ita dantur, fiunt, ut quid detur aut fiat, siquidem non aliter nasceretur obligatio, debere ad hoc genus omnia referri.

C A P. X I I I.

Contractuum qui re fiunt, genera duo. Unum eorum, quibus id agitur, ut re data traditave, eadem reddatur. Alterum eorum, quibus id agitur, ut pro eo quod datum, factumve est, præstetur aliud. Et de genere priore. Eius esse duas species: & qui contractus cuique speciei subiiciantur.

Rerum nexus, & ratio ordinis. I.

Ex duplici præstandæ rei conventione duo contractuum qui re perficiuntur, summa genera oriri; & quæ illa. II.

Quidam, cum res eadem redditur, traditionem rei habent apertam; sed conventionem obscuram. Hæc aut ex titulo rei gestæ aut ratiocinatione colligitur. III.

Ex nomine traditionis, sive rei gestæ signant conventionem reddendæ rei mutuum, commodatum, depositum, pignus, dos, donatio propter nuptias: & qualis traditio in singulis, & ex traditionis fine reddendi conventio appareat, explicatur. IV. V.

Ex ratiocinatione seu contrahentium mente conventionis reddendæ rei interpretationem sumunt datum ob caussam, & precarium. VI.

Quomodo datum ob caussam, & quidem sive præteritam, sive futuram; & hanc rursus honestam vel inhonestam. VII. VIII.

Quomodo item precarium. IX.

I. Hac definitione res esset explicata, sciremusque in universum, ubi re contraheretur obligatio, si ubique constaret, quando quid datum aut factum esset, & quando huic facto adiuncta conventio, ut vicissim quid dares faceres. Nam cum hoc genus contractus perficiatur his duabus partibus, re data aut facta, & conventione; cui hæ partes notæ essent, huic necesse esset & totum esse cognitum, neque pluribus verbis ad dignoscendum huius generis contractum res indigeret. Sed hic non semper accidit, ut utraque illa pars sit nota, ubi tamen placeat obligationem re contrahi. Unde huius generis difficultas. Id autem evenit ex eo. Nam illud quidem, an quid datum factumve sit, fere semper certum natura, & eiusmodi, quod si præsentibus testibus res gesta sit, & a nobis sciri, & facile probari possit. Ut enim det quis aut faciat aliquid, constat corpore. Quæ autem corpore

pore fiunt, ideo semper sunt certa, quia sub sensum cadunt. At conventio, ut re accepta aliquid vicissim des aut facias, & quidnam id sit, non semper apparet in hoc genere contractuum. Exprimitur nonnunquam: quo facto dubitatio tollitur. Sed & saepe intelligitur tantum. Quod quoniam praeter verba fit, ideo ubi, & qua nota deprehendatur haec conventio, quaeri solet, ut exinde tanquam ex contractu huius generis obligatio nascatur, & repetitio competat. In quo laboratur. Sed & interdum, paucis quidem in caussis, interdum tamen accidit e converso, ut conventio exprimatur; factum, quod obligationi caussam praebet, lateat. Utraque haec res facit, ut a definitione generis descendendum sit ad huius generis species, ex quibus & conventio superior, & simul contractus dignoscatur.

II. Et contractus huius generis duplicem rei praestandae conventionem habent, qua & ex conventione distinguuntur. Ex quo & eorum contractuum genera summa duo. Quidam sunt, in quibus id agitur, ut re data traditave, idem reddatur. Idem vel specie ut in commodato; vel genere, ut in mutuo. Quidam, in quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve est, praestetur aliud.

III. In quibus conventio est de eadem re reddenda, hi semper traditionem rei apertam habent. Quod vel hinc licet intelligere, quod dicimus id agi, ut res eadem reddatur. Neque enim reddi potest, nisi quae prius accepta fuit; sed conventionem de re reddenda habent obscuram. Nam in hoc genere toto conventio non exprimitur verbis; tacite tantum significatur. Unde dubitatio, quibus rebus hanc conventionem dignoscamus, ut efficiatur is contractus, quem volumus. Et ut intelligitur haec conventio, ita species huius generis distinctas esse oportet. Intelligitur autem ea conventio duobus modis. Aut enim significatur nomine ipso & titulo traditionis; aut sine ullo nomine rei gestae, & sine ullis verbis ratiocinatione colligitur.

IV. Quae conventiones huius generis verbo traditionis inclusam restituendi significationem habent, sunt sex; Mutuum; Commodatum; Depositum; Pignus, Dos, Donatio propter nuptias. De prioribus contractibus quatuor constat. Recensentur enim nominatim in hoc numero *Tit. Inst. quib. mod. re contr. obl.* De duobus posterioribus dubites, dote, & donatione propter nuptias. Nusquam enim in eo numero has species haberi legimus. Sed non minus & hae in eadem caussa habendae sunt. Nam & in his datio suum nomen habet, ut apparet: & in iisdem suscipitur obligatio de dote, & donatione propter nuptias reddenda soluto matrimonio, ut dicetur suo loco. Sunt ergo in his omnibus contractibus qui re fiant. Idem eiusmodi, qui traditionem rei habeant, & conventionem de re praestanda, nempe de eadem re reddenda. Et traditio quidem rei in his manifesta est, ut quae superioribus verbis non significetur tantum, sed etiam exprimatur. Nam mutuum est, quod ita tibi dedi, ut de meo tuum fieret, & rursum ex tuo meum. *L. 2. §. appellata, D. si cert. pet.* Commodatum est utendum datum. *§. item is, Inst. quib. mod. re contr. obl. L. 1. D. depos.* Pignus res creditori pro debito obligata: sed proprie cum res creditori tradita est. *L. plebs. §. pignus, D. de verb. sign. L. si rem, §. proprie, D. de pignor. act.* Quo modo & nunc pignoris verbum usurpamus. Intelligimus enim hic obligationem re contrahi, quae fit de pignore reddendo, soluta pecunia. *§. ult. Inst. quib. mod. re contr. obl.* Dos est, quod mulieris nomine marito datur, ut sit apud eum pro oneribus matrimonii. Nec unquam dos est, aut fit dotale quidquam, nisi dominio in maritum translato. *L. dotale, §. dotale, D. de fund. dot.* Donatio propter nuptias se ipsam satis ostendit. Nam donatio est doni datio. *L. senatus, §. 1. D. de mort. caus. don.* Ergo, ut dixi, satis aperte superioribus verbis res alteri data traditave significatur.

V. Sed ad contrahendam in his obligationem de re reddenda, nihil prodest haec traditio, quaecunque est, nisi insit etiam conventio & consensus de hac ipsa re reddenda. Manet enim semper illud, nullum esse contractum sine conventione. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Ubi igitur illa conventio, quando quidem verbis non exprimitur? Nempe verbis non expressa, ex fine tradendi intelligitur; quem finem verba superiora non obscure in se inclusum habent. Animadverti enim debet superioribus verbis significari non quamvis rem simpliciter datam aut traditam, sed datam ad certum modum, & certum finem. Ut datur mutuum fruendi eius caussa; commodatum utendi, depositum custodiendi; pignus, ut sit cautum creditori pro debito; dos, ut sit marito res, ex cuius fructibus ferat onera matrimonii; donatio propter nuptias, ut consistat quandiu erunt nuptiae. Hinc facile intellectu est, hoc fine in singulis praescripto hoc agi,

agi, ut cessante eo fine, desinat effectus, atque ita res redeat ad eum, qui dedit, tradidit, *arg. L. quod dictum, D. de pact.* Sic fit, ut traditione rei & conventione de re reddenda intervenientibus, cum alioqui nisi re tradita non posset ulla obligatio de re reddenda contrahi, in his sine dubio re contrahatur obligatio ad eam ipsam præstationem, quam vis nominum his contractibus inditorum indicat.

VI. Est altera species huius generis, ut dixi, in qua conventio de eadem re reddenda, neque nomine contractus significatur, ubi conventio in aliud nomen non transit; neque etiam verbis exprimitur, sed ex sententia contrahentium ratione colligitur. Huius generis contractuum rursum duo genera sunt, datum ob caussam, cuius dati nulla caussa subest, & Precarium.

VII. Quod ob caussam datur, siquidem præteritam, tunc solum obligatio & repetitio dati nascitur, eum indebitum tanquam debitum per errorem facti solutum est. Unde indebiti condictio. Obligatio ex contractu, quia ex tacita conventione, qua ex mente dantis & accipientis id agitur, ut quod tanquam debitum solvitur, si debitum non sit, reddatur. *L. is, qui, 13. in fin. D. commod. L. si in area, 33. D. de cond. ind.* Caius ex quasi contractu esse dici maluit. *L. 5. §. is quoque; D. de obl. & act.* quod & in *Institutiones* translatum est. *§. pen. quib. mod. re contr. obl. §. item is, de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* Quæ sententia ab auctoribus hac ratione defenditur, quod qui existimans se debere, solvit, omnino hoc animo est, ne repetat, atque adeo ut negotium distrahat potius, quam contrahat. Quorum utrum dicatur verius, & quam de eo certi aliquid statui necesse sit, in natura singulorum contractuum explicanda, cum ad hanc speciem ventum erit, latius exponetur.

VIII. Quod si quid detur ob caussam futuram, nempe ut aliquid fiat, sequatur: & hic quoque præter id, quod verbis exprimitur, tacite id agi intelligitur, ut caussa non secuta, datum reddatur. Atque hinc etiam dati repetitio. Ex contractu; quia ex conventione; & contractu eo, cuius, ut & superioris, obligatio ex re tradita initium sumat. Sed repetitio ex hac caussa cum hac distinctione, ut si quidem caussa adiecta honesta sit, regulariter hac non secuta, repetitio competat. Si inhonesta, tunc demum sit condictio, cum solius accipientis turpitudo versabitur. Hæc strictim ut pro eo, quod nunc agitur. Postea suo ordine omnia qualia sint, in huius quoque generis natura explicanda, quod late patet, quantum satis est, dicetur. Quam late autem pateat hoc genus, intelligi potest ex eo quod ad id hæc pertinent, Condictio ob caussam dati, caussa non secuta; Condictio sine caussa; Revocatio donationis caussa mortis; item & simplicis donationis revocatio ex iis caussis, ex quibus donationem ob ingratitudinem donatarii revocari placet, ut suis locis ostendemus.

IX. Et precarium eiusdem generis contractus est; utpote tacitam conventionem in se habens, ut res data reposcenti, eum videbitur, restituatur: conventionem, inquam, neque designatam nomine, & multo minus verbis expressam. Contractum esse indicat actio præscriptis verbis de precario prodita. *L. 2. §. 1. D. de prec.* nam præscriptis verbis actio non est, nisi ex contractibus. *L. 3. D. de præscr. verb.* Contractum eum esse, qui re fiat, hinc apparet, quod in eo de eadem re restituenda agitur. Satis autem constat nullam esse restitutionem, nisi quæ obligationis ex re prius tradita initium acceperit. Conventio tacita reddendi ex fine dandi intelligitur, similiter ut in commodato. Hoc interest, quod commodatum certum nomen est, quo conventio de re reddenda designatur. Precarium certi contractus nomen non esse vel hinc licet intelligere, quod ex eo veteres dant actionem præscriptis verbis. Nunquam enim huic actioni locus est, nisi cum ii contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure civili sunt proditæ *L. 3. D. de præscr. verb.* Sed de his plura, ut res postulabit, in huius contractus natura.

CAP.

C A P. XIV.

De altero genere eorum contractuum, qui re fiunt: in quo sunt hi, quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve est præstetur aliud. Huius generis contractus pene omnes certos esse, quia traditione factove, & certa conventione constent. Hos alterutrum incertum habere, qui nihilominus ad hoc genus referri debeant, Pollicitationem dotis, Pollicitationem salarii; Iudicium acceptum; Iusiurandum; Operas eorum, quibus extra ordinem actio ad petendum pro opera honorarium constituta est.

Alterum esse contractuum genus, in quibus pro eo quod datum factumve est, non idem sed aliud omnino præstetur. Quatuor istorum species, & quæ. I.
Esse tamen ex isto genere contractus qui cum factum & conventionem coniunctim habeant, alterutrum habent obscurum. Quinque istiusmodi, & qui. II.
Conventionem apertam, sed factum habent incertum. 1. *dotis promissio. Quæ huius obligatio; & in quo posita; & quæ inde nascatur actio.* III. IV.
2. *Salarii pollicitatio. Et hæc ex facto procuratoris, ex pacto vires obtinet; & quæ detur ista nomine actio.* V.
Conventionem habent obscuram, factumque manifestum 1. *Obligatio iudicati: quale hic factum, & quæ tacita conventio.* VI.
Quo sensu iudicati obligatio, & actio nuncupetur. Utraque ex contractu: reprobatur Accursius. VII. VIII.
2. *Obligatio iurisiurandi. Cuiusmodi hæc obligatio. Ex contractu nascitur; ex eo prodita actio a Prætore; & qualis, & quare.* IX.
3. *Præstatio mercedis iure certis personis extra ordinem constituta. Obligatio hæc in personam; & ex contractu, seu ex conventione & negotio gesto. Hoc quale sit, explicatur.* X.
Actio ex isto negotii genere non ordinaria, & in factum; sed ipsa extra ordinem prodita tribus de caussis; & quæ illæ. XI.

I. Est igitur primum hoc genus eorum contractuum, qui re fiunt, in quibus id agitur, ut idem reddatur. Alterum genus diximus esse eorum, in quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve est, præstetur aliud. Quod genus maxima ex parte totum patet. Non solum enim hic res aperte traditur, aut fit; sed etiam conventio de alia re præstanda exprimitur. Id species indicabunt, quæ sunt quatuor. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias. De quibus ex professo agitur in *L. naturalis* 5. *D. de præscr. verb.* Unde exempla, ut & ex reliquo eo titulo sumere licebit. Et hæc, ut dixi, in maxima parte huius generis ita se habent.

II. Sunt tamen species quædam ex hoc genere, quæ cum factum habeant & conventionem superiorem, alterum tamen habent obscurum, aut factum, aut conventionem. Quæ ideo species præcipue nobis animadvertendæ sunt, ne ignotæ nos fallant; & cum pariant obligationem ex contractu, tamen in divisione obligationum a Iustiniano tradita sibi locum non inveniant. Hæ autem species sunt quinque, Dotis promissio; Salarii pollicitatio in procuratorem emissa; Iudicium; Iusiurandum; Operæ eorum, quibus extra ordinem salaria constituta sunt iure pro opera privata. Ex his omnibus caussis obligationem nasci constat. De promissione & pollicitatione, dotis cautum in *L. ad exactionem, C. de dot. promis.* De salarii pollicitatione traditum in *L. salarium*, 7. *L. qui mutuum*, §. *salarium*, *D. mand.* Obligatio iudicati diserte statuitur in *L.* 3. §. *idem scribit. de pecul.* Obligatio iurisiurandi diserte in *L.* 5. §. 1. *D. eod.* De actione ob operas superiorum est in *L.* 1. *D. de extraord. cognit.* Quæ caussæ cum sint obligationum, si recta est, & iusta divisio apud Iustinianum ut dicatur nasci omnis obligatio ex contractu, aut quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio; necesse est omnem istam superiorum caussarum obligationem ad unum aliquod genus

nus ex his referri. Atqui ita reperietur, nullam harum obligationum aliunde nasci, quam ex ea caussa, de qua agimus. Non esse ex maleficio, aut quasi maleficio, facta ostendunt. Sed nec ex quasi contractu esse dixerimus. Qui enim dicitur quasi contractus, duorum consensum non habet. In superioribus autem caussis res geritur duorum consensu. Ita fit, ut sit obligatio ex contractu. Et est omnino. Nascitur enim ex conventione vel expressa, vel tacita, ut postea patebit. Huic conventioni obligatio accedens contractum facit, vel potius contractum indicat. Constat non esse stipulationem, non literarum obligationem. Proponimus enim rem sine stipulatione & sine literis gestam. Quid? an erit obligatio ex consensu solo? Ne hoc quidem. Nam in his omnibus unus facit, ut ab altero accipiat. Relinquitur igitur ut in his obligatio re contrahatur. Et ita se res habet.

III. Solum in contrahendo hoc interest, quod priores quidem caussæ duæ conventionem apertam habent; sed factum, quod præcedere debeat, unde & obligatio nascatur, habent incertum. Posteriores autem tres contra, factum certum ostendunt: sed quæ habeant incertam conventionem. Quod quomodo in his accidat, paucis doceamus. Sunt ergo priores illæ, duæ, dotis promissio, & salarii pollicitatio. De dotis promissione ius constitutum est, solam promissionem dotis, qua quis quanvis maxime extraneus dotem promisit marito sine ulla stipulatione, sufficere ad obligationem & exactionem dotis. *L. ad exactionem, Cod. de dot. prom.* Hic prima ratione caussa obligationis certa, caussa conventionis confirmandæ incerta. Statim enim huic constitutioni occurritur ex regula iuris, ex pacto nudo obligationem & actionem non nasci. *L. iuris gentium, §. sed cum nulla, §. quinimo, D. de pact. L. legem. C. eod.* Quid ergo, si quis dicat, id receptum in dote favore dotis; cuius caussam præcipuam esse constat? *L. 1. D. solut. matr.* Sed nihil necesse est confugere ad hanc defensionem incertam, & quam nusquam reddi legimus a iuris auctoribus. Una & certa defensio hæc est, pactum hic [1] nudum non esse ad dotis exactionem, sed priusquam possit inde maritus dotem petere, eum facere debere, ut dotem accipiat, idque ipsum convenire in dote promittenda. Factum hoc est, quod maritus prius uxorem ducit, ut dotem accipiat; sic deinde dotem petit, nec ante potest petere. Inestque huius facti conditio atque conventio in verbo dotis promissæ. Nam dos sine matrimonio esse non potest. *L. 3. D. de iur. dot.* Ideo dos simpliciter promissa intelligitur promitti hac conditione, si nuptiæ sequantur. *L. stipulationem, 21. D. de iur. dot.* Et, quod propius ad id, de quo agitur, accedit: videtur promitti ob caussam, quasi quæ datur, videatur ob hanc caussam dari, ut matrimonium sequatur. *L. si extraneus. D. de cond. cau. dat.* Ex quo apparet, si maritus postea matrimonium contrahat, ut conditionem & caussam impleat; eum facere ex conventione, ut sibi dos detur. Ac iam licere ei dicere, feci, id est matrimonium contraxi, ut dares dotem, quam es pollicitus. Quod plane ad illud genus pertinet, cum facio, ut des.

IV. Sed ex hac specie & obligatione fortasse non sit actio præscriptis verbis, sed actio dotis cautæ, quæ olim ex dictione dotis competebat; aut si quid tutius volumus, condictio ex lege. *L. 1. D. de cond. ex leg.* Iustinianus videri potest dedisse actionem [2] ex stipulatu, etiam tunc cum nulla stipulatio intervenit; qualem scilicet actionem induxit ad dotem repetendam soluto matrimonio pro vetere rei uxoriæ actione. Nam is in *L. unica, §. 1. C. de rei uxor. act.* generaliter iubet omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi: & actionem hanc interpretari videtur postea, sive uxor dotem datam repetat, sive maritus petat sibi promissam. Quod facit eadem *L. §. & ut plenius, seq.* Utcunque est, certe, quod meminerim, nusquam hoc nomine actionem præscriptis verbis dari legimus. Quod si admittimus, recte defendi potest ideo factum esse, quia maritus non contrahit matrimonium principaliter, ut dotem accipiat,

1) Ita & noster ad *L. 10. C. de pact. n. 16.* Atqui vocatur nuda *Rub. C. de dot. promiss.* Quin & hic pollicitatio efficax obligationi pariendæ, quæ contractus non est, quia nec conventio. Est igitur pacti legitimi species hæc promissio, si pacto fiat, non contractus, Forst. *de Pact. C. 6. pag. 46. & seq.* Quia non hæc caussa est, *si nuptiæ sequantur*, sed conditio. Caussa enim, quæ subest in contractibus incertis, præcedit, aut in ipsa conventione intervenit. Ac in conditionali quoque contractu tempus interpositæ conventionis spectatur *L. 78. pr. de V. O.* Qui igitur dici poterit factum, hic præcedere aut intervenire in contractu. Quin novo iure lex fingit stipulationem intervenisse. *d. L. un. pr. &* §. 1. Cumque fictionis eadem sit, quæ veritatis operatio, erit actio & obligatio ex contractu stipulationis ficto. Ulp. *in Fragm. tit. 6. §. 1.* dotem aut dari aut dici aut promitti. Dicitur nudo pacto. Promittitur stipulatione, Charon. 1. *Verisim.* 1. Ræv. *de Auct. Prud.* C. 4.

2) Quidam voluerunt fingi tantum stipulationem in repetitione dotis respectu uxoris, non in petitione respectu mariti. Quos refellit Andr. ab Exea *Tr. Pactorum P. 3. rubr. n. 401. & seq.* add. Loriot. *Tr. de Act. Axiom.* 57.

piat, sed ut sibi sociam & consortem vitæ adiunctam habeat secundum bonos mores, unde & honestam sobolem procreet: ut non proprie, certe hoc primo fine inspecto non sit id negotium, quo faciat, ut promissor det dotem, de qua convenit. Verumtamen negari non potest esse hunc quoque finem saltem per accessionem marito propositum, ut matrimonium contrahendo cum reliquis commodis matrimonii una quoque accipiat ea, quæ matrimonii caussa illi constituta sunt. In quo est dos illi eo nomine promissa.

V. Idem dicendum est de salarii 3 pollicitatione. Si dominus procuratori suo, qui negotia eius gratis gerenda susceperat, promittat certum salarium nondum impleto mandato; tenetur eo nomine, etiam ex nudo pacto, & nuda pollicitatione. *L. salarium*, 7. *L. qui mutuam*, *§. salarium*, *D. mand. L. salarium*, *C. eod.* Hic rursum statim obloquitur eadem illa regula superior, ex pacto nudo actionem non nasci. Quo loco respondeat fortasse aliquis, non mirum si ex hoc pacto nascatur actio præter cætera, quia constat ex mandato nasci obligationem solo consensu. Huius autem salarii pollicitatio & obligatio ex mandati caussa proficisci videtur. Sed hac defensione in proposito uti non licet. Hoc enim salarium procuratori ex mandati caussa deberi non potest. Aut enim erit eo nomine directa actio mandati, aut contraria. Directa domino, eidemque mandatori, non procuratori competit. Contraria quidem procuratori, sed quæ non datur, nisi de eo, quod procuratori per caussam mandati abest, ut si negotia gessisset sine mandato. *L. si vero*, 12. *§. contrarium*, & seq. *D. mand. L.* 2. *D. de neg. gest.* Non abest autem procuratori salarium a domino constitutum. Quid ergo est? Nempe hic certa defensio est eadem illa, quæ supra. Non est hæc pollicitatio nuda, etsi videtur; sed priusquam ex ea agi possit, habet adiunctum factum procuratoris. Prius enim negotia domini gerit, ut salarium accipiat; sic deinde utiliter agit ex pacto, ut salarium consequatur, non prius. Impleto autem mandato fecit, ut dominus daret id, de quo convenit. Idque ipsum ut fiat, continetur salarii verbo. Est enim salarium, merces operæ præstitæ: ut proinde non ante salarium esse & promitti intelligatur, quam opera præstita fuerit. Idem significatur etiam verbo procuratoris, cui in proposito tanquam procuratori salarium promittitur. Nam procurator est is, qui negotia aliena mandatu domini administrat. *L.* 1. *D. de procurat.* Quo fit, ut qui procuratori ut procuratori salarium promittit, intelligatur promittere ei, qui negotia sua geret, ac propterea ob caussam, ut gerat scilicet, idque libentius & promptius. Ex quo rursum intelligimus idem illud negotium hic geri, quod supra, cum facit procurator. ex pacto, ut sibi detur. Et tamen ex hac obligatione licet cum superioribus generibus certis communi, non datur actio civilis præscriptis verbis, sed extraordinaria, quasi præter ordinem & morem iuris receptum constituta. *L.* 1. in fin. *C. mand. L. salarium*, 7. *D. eod.* Id eo fit, quia proprie & principaliter procurator non exsequitur mandatum, ut salarium accipiat, sed ut mandatum impleat. Id apparet ex eo, quod recepit ab initio mandatum gratuitum, alioqui nec mandatum esset. *L.* 1. in fin. *D. mand.* quod proinde & nullo postea salario constituto implere cogebatur. *L. si mandavero*, *§ ult. D. eod.* Sed ut principaliter id spectet procurator; tamen salario postea accedente, etiam novus hic finis illi proponitur ad mandatum obeundum, licet per consequentiam, ut dum fidem implebit, etiam salarium eo nomine promissum accipiat. Qua parte obligatio salarii præstandi aperte pertinet ad superius illud genus, quod dixi.

VI. Reliquæ sunt species tres, quæ e converso in facto manifesto obscuram conventionem habent, obligatio iudicii, seu iudicati; obligatio iurisiurandi; & præstationes mercedis quibusdam personis extra ordinem iure constitutæ. De obligatione iudicii diserte ita scribit Ulpianus in *L.* 3. *§. idem scribit*, D. de pecul. *iudicio contrahi*. Iudicio sic accipiendum est, iudicio accepto, vel potius iudicium accipiendo, & litis contestatione. Hic quidem factum videmus actoris iudicio experientis, petentisque sibi quid præstari ab eo, cum quo agit. Ad quod etiam præstandum obligatur reus, si convictus condemnatus fuerit. *L. negantes*, *C. de obl. & act.* unde & iudicati actio adversus condemnatum. *L.* 4. *§.* 1. *L. miles*, *§. ult. D. de re iud.* Sed nondum satis, ut ex hoc facto sit obligatio ex contractu, ut Ulpianus loquitur. Etiam conventione opus

3) Neque hic contractus verus, quia & ex pollicitatione unius debetur; alias enim locatio potius operæ: aut si factum locationem non recipiat, aliquis contractuum incertorum celebratus. Obligatio igitur remuneratoria, per *L.* 6. *pr. Mand.* atque naturalis non civilis, quæ actionem parit a lege adiuta, sed non ordinariam. Vid. huius *Cap. N.* 7. *&* *Lib.* 13. *Cr. C.* 10. *N.* 5. 6. *&* 7.

opus est. Constat enim, quod sæpe cogimur dicere, nullum contractum esse sine conventione. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Et ubi in litis contestatione, aut superiore omni actione conventio inter actorem & reum, ut reus iudicatus propter factum actoris, det aut faciat iudicatum? Fatendum est in litis contestatione non esse conventionem apertam: at est tacita. De qua ne dubitetur, pene diserte exprimitur ex circumstantiis negotii, & fine utrique ex litigatoribus proposito. Nam actor apud magistratum petit a reo, ut det aut faciat, quod sibi deberi intendit. Reus apud magistratum iudicium suscipiendo de ea re, aperte declarat se hoc sentire, ac pene dicere, se paratum esse solvere, si condemnetur sententia iudicis: sed velle se etiam, si absolvatur, liberum discedere, nec amplius quidquam a se peti. Quod & ipsum actor in se admittit, cum iudicium suscipit: quoniam alterutrum semper venit in rem iudicatam, condemnatio vel absolutio, *L.* 1. *D. de re iud.* In quo inest conventio non dubia inter utrumque interposita; ex qua prout eius conditio exstiterit, ita aut reo exceptio competit, aut actori actio. Exceptio quidem reo, si is absolutus erit: actio autem actori, si reus erit condemnatus.

VII. Inde obligatio hinc nata recte dici potest, & vero proprie dici debet 4 obligatio iudicii accepti, quia iudicium accipiendo interponitur. Sed tamen dicitur & obligatio iudicati in *d. L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* verum abusive ideo, quia non aliter committitur ea conventio, quam si reus iudicatus, id est condemnatus erit. Hæc enim erat conditio conventionis, ut reus daret, si convictus & condemnatus esset. *d. L. negantes*, *C. de obligat.* & *act.* Ideo Ulpianus in *d.* §. *idem scribit*, hanc non absolute vocat iudicati obligationem, sed *velut iudicati obligationem*. Nam quod absolute dicitur *actio iudicati*, quæ inde nascitur, *L. miles*, §. *ult. D. de re iud.* hic iudicatum ad caussam actionis referri non debet, sed ad rem, de qua agitur; ut intelligatur actio iudicati, non tam quæ nascitur ex iudicato, quam quæ est de eo quod iudicatum est, seu de iudicato faciendo: similiter ut in stipulatione iudicatum solvi. *Instit. de satisd.* in princ. Quomodo etiam dictum esse apparet exceptionem rei iudicatæ. Cum autem tam aperte insit ista conventio in iudicio suscipiendo & lite contestanda, apparet quam recte Ulpianus scripserit in *d.* §. idem scribit, *iudicio contrahi*. Recte contrahi, non quasi contrahi. Contractum enim esse oportet, si habet conventionem. Et ne dubitaremus Ulpianum hoc ipsum sentire, non etiam contrahendi verbo quasi contractum intelligere, ut fit aliquando, ut in *L. ex contractibus*, *D. de oblig.* & *act.* addidit, *iudicio contrahi*, *sicut stipulatione*. Constat autem stipulationem vere contractum esse, ut quæ non perficiatur sine consensu & conventione. *L. non solum*, *D. de obl.* & *act. L. inter*, 83. §. 1. *D. de verbor. obligat. L.* 1. §. 1. *D. de pact.*

VIII. Ex quo intelligitur errare Accursium, qui in eodem illo loco Ulpiani notat obligationem iudicati nasci ex quasi contractu. Aperte adversus manifesta verba Ulpiani, & eam conventionem, quam dixi. Fortasse motus est eo, quod Ulpianus *ibidem* paulo post hanc obligationem vocat *velut iudicati obligationem*, quasi proprie non sit obligatio iudicati. Quo moveri non debemus. Vere enim non est iudicati obligatio, ut ante dixi; quia ex iudicato proprie non nascitur, sed magis ex conventione, quæ illam conditionem habuit. Sic enim committitur conventio conditionalis, cum eius conditio extitit. §. *sub conditione*, *Instit. de verb. oblig.* Quod si ex iudicato nasceretur ea obligatio, tanto magis dicenda esset obligatio iudicati, idque absolute, quia vere nasceretur ex iudicato. Dixit ergo *velut iudicati* obligationem, quia proprie ex iudicato non esset, sed ex iudicio 5 accepto. Sed etsi dixisset Ulpianus spectandam esse velut iudicii accepti obligationem: tamen ne sic quidem inde obligationem ex quasi contractu esse colligeremus. Intelli-

4) Gœd. *ad L.* 36. *de V. S. n.* 22. Litis contestationem esse quendam contractum, per *L.* 19. *de novat. L.* 83. §. 1. *de V. Obl. ibi, n.* 11. consensum eum non impediri quod hodie per interlocutionem solet pronunciari litem contestari oportere. Qui enim recusat, obiectis exceptionibus, videtur ea conditione uti & tacite concedere: quod si illæ relevantes iudici non appareant, nolit litem fugere. Vid. idem *de Contr. stip.* C. 5. *n.* 76. *& seq.* Sed Briss. *Lib.* 2. *de Solut. tit. de Novat. pag.* 390. iudicio quasi contrahi, non si iudicii origo, sed ipsa iudicati obligatio spectetur; ut deinde non antiqua actione, sed iudicati agatur & usuræ debeantur, non ex pristina obligatione, sed ex iudicati caussa. Sane contractum hunc vere & proprie non esse constat ex *d. L.* 83. §. 1. *de Verb. Oblig.* Nam initium cuiusque contractus liberum & spontaneum, hic autem necessarium. Contrahi autem dicitur d. *L.* 3. §. 11. largo modo, ut *L.* 20. *de iudic.*

5) Quærit Hortens. *ad L.* 29. *de Novat. pag.* 568. cur per litis contestationem dicatur contrahi, cum nova actio demum habeatur a re iudicata. Respondet: Totius litis, a contestatione ad rem iudicatam usque, continuato animo rei suæ persequendæ, unum tempus, unum contextum videri (ut in usucapione.) Atque ita rem iudicatam videri; iam in continenti litis contestationis, a qua statim mutatur natura actionis, & quæ temporalis, perpetuatur, morte rei peritura, ad heredes fieri transitoriam.

telligeremus enim illic particulam *velut* non esse improprietatis notam, ut sit, cum dicimus quasi Servianam, quasi contractum: sed notare modum & caussam, ex qua illic adversus patrem agitur. Dixerat enim Ulpianus, si filiusfamilias ex delicto suo conventus condemnatus fuerit, exinde posse agi de peculio cum patre ex ea caussa. Obstabat, quod constitutum est, ex delictis filiorumfamilias patrem ullo modo conveniri non posse. §. *ult. Inst. de noxal. act.* Ulpianus respondet, cum ex ea condemnatione adversus patrem agitur, non agi velut ex obligatione delicti, sed velut, id est tanquam, ex obligatione iudicati. Hæc autem ex contractu, non ex delicto. Ubi manifestum est caussam & modum notari, quo nomine agitur, non improprietatem. Apparet igitur obligationem iudicati omnino ex hoc genere esse, cum facio, ut des, aut facias; id est iudicio tecum ago, ut iudicatum solvas; ut præstes, quod peto, si condemnatus fueris.

IX. Eiusdem generis est obligatio iurisiurandi. Constat, si quis actor, deferente eo, cum quo agitur, iuraverit sibi dari aut fieri quid oportere, iuranti actionem esse in factum adversus eum qui detulit, ut præstet id, de quo iuratum est, eamque actionem esse in personam proditam iure prætorio. §. *item si quis, Inst. de act. L. actori, C. de reb. cred.* Et quoniam in personam est, etiam illud constat esse adversus eum qui obligatus est; quæ natura est actionum in personam. *L. actionum, D. de obl. & act.* Unde igitur hæc obligatio? Dicet aliquis, ex quasi contractu, quia Ulpianus in *L. 5. §. 1. D. de pecul.* ita scribit, si filiusfamilias a quo quid petitur, iusiurandum detulerit, & iuratum sit, ita teneri eum, ut & adversus patrem danda sit de peculio actio, *quasi contractum sit*. Sed & hoc loco particula *quasi* non improprietatis nota est, sed caussam & titulum significat, cur putet Ulpianus de peculio agi posse. Estque hæc sententia: de peculio actio etiam in proposito danda est, quia contractum est, seu eo nomine quod contractum est. Nam & idem Ulpianus in *L. 3. §. idem scribit.* idem argumentum tractans; ita scribit: quare etsi filiusfamilias quasi defensor alterius in caussa delicti condemnatus sit, de peculio in patrem dabitur. Quasi defensorem condemnatum dicit, qui vere defensor fuit: sed quem vult intelligi condemnatum pro defensore, seu hoc nomine, & sub hac persona, quod defensor esset. Plane & isto modo accipi oportet, cum ait, iureiurando a filiofamilias delato, teneri patrem de peculio, *quasi contractum sit*; ut sit, teneri patrem ex hac caussa, atque hoc nomine quod contractum est. Et res ita habet: Obligatio iurisiurandi vere est ex [6] contractu, non ex quasi-contractu. Est enim ex conventione, & quæ actio hinc datur, dicitur dari propter religionem & conventionem. In eamque sententiam omnes iuris auctores consentiunt. Atque adeo posterior ista Ulpiani est. *L. sed etsi servus, 25. L. qui iurasse*, seq. in fin. *D. de iur.* Unde & iureiurando inter litigatores negotium transigi dicitur. *L. admonendi*. in fin. *D. eod.* transactio autem ex consensu. *L. non minorem, C. de transact.* Unde ergo ista conventio inter deferentem iusiurandum, & iurantem? Non est expressa: sed ex eo, quod agitur in iureiurando, satis intelligitur. Iurat actor, ut sibi detur, aut fiat, quod petit, & cuius nomine iurat. Defert reus iusiurandum hac eadem mente, ut præstet, quod ab actore petitur, si ille iuraverit, atque ita ab omni lite discedatur. Quæ manifesta conventio est transigendi negotii caussa. Cumque hæc species ex conventione est; tum vero ne requiratur caussa, cur ex ea conventione detur actio, perspicuum est non esse nudam pactionem, ut quis dicat ex pacto actionem dari non debuisse, vetante regula iuris, sed negotium hic geri, pertinereque speciem ad idem illud genus, cum facio ut des aut facias, id est iuro, te deferente, ea lege: ut des aut facias, quod peto. Et tamen quia hic tacita conventio est, de qua ex mente deferentis potuit dubitari, quasi in deferendo iureiurando non id senserit, ut vellet per id ab omni lite discedi: interpretatione iuris opus fuit, quæ hanc conventionem admitteret. Quod factum est a prætore, proposita ex iureiurando actione. Unde cum esset actio prætoria, nou civilis,

6) Censeri iureiurandum quasi contractum, Beust. *in L. 2. de iureiur. n.* 24. Verum contractum non esse probat aperte §. 4. *l. de excep. iunct. L.* 17. §. 2. *de pact.* quia non tollit obligationem civilem ipso iure; sed tollit tantum naturalem, sicuti & nudum pactum *L.* 95. §. 4. *de solut* cuius vim habet *L.* 35. §. 1. *de iureiur.* Et est actio ex iureiurando in factum *d. L.* 8. & prætoria, cum tamen iusiurandum iuris prætorii non sit. Facit *d. L.* 26. §. *ult.* in verbis *potest videri*. Sane hic quædam adest conventio, non autem quæ habeat negotium seu caussam. Vel si conventio de iureiurando fortassis contractus aut ei maxime affinis, non tamen ex ea datur actio, quæ ex iureiurando, sed ex ipso facto iurantis, quod est potius exsecutio & consummatio præcedentis conventionis. Denique contractus falsi & simulati nulli sunt. Iusiurandum non item; ubi tantum quæritur, an iuratum sit, vere an falso nihil interest.

vilis, dicta est *in factum*, qualis dari solet, cum dedi, aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres. *L. prima*, *D. de praescr. verb.* In factum tamen simpliciter, non praescriptis verbis. *L. actori*, *Cod. de reb. cred.* quia hoc verbum posterius usurpari solet de actionibus in factum civilibus. *L. 2. L. 3. D. de praescrip. verb.*

X. Ex eodem genere sunt plane & praestationes illae extraordinariae, quas dixi. Certae sunt personae, quibus petitio mercedis iure tributa est pro opera ab ipsis praestita, adversus eos, quibus praestita est, idque sine aperta conventione. Tribuitur hoc professoribus liberalium artium adversus auditores, qui illorum doctrina usi & instituti sunt: medicis adversus aegrotos, quos curarunt: obstetricibus adversus puerperas, quibus adfuerunt: Ludimagistris adversus pueros & discipulos, eorum disciplinae commissos, vel in eos qui commiserunt: item advocatis adversus eos, quorum caussam egerunt. Eadem actio quanvis in opera optima & honestissima, tamen denegata Philosophis, & Iurisconsultis. Haec in *L. 1.* pene tota. *D. de extr. cognit.* Omnem hanc persecutionem mercedis pro opera supra scripta non esse actionem in rem certum est. Nihil enim isti petunt suum. Non est autem in rem actio, nisi de eo, quod nostrum est, quod & tanquam nostrum petimus. *d. L. actionum*, *D. de obl. & act.* Ita etiam intelligimus actionem hic esse in personam adversus eos, quos diximus. Proinde & adversus obligatos. *d. L. actionum*. Unde ergo haec obligatio, ut ad unum aliquod genus propositae & receptae obligationum divisionis recte referatur. Constat non esse ex maleficio, aut quasi maleficio. Ab istis enim potius beneficium summum aliis praestatur. Sed nec ex quasi contractu esse licet dicere. Nam si ex eo genere erit, non possit hoc factum nisi ad negotiorum alienorum administrationem referri, quia opera nostra aliquid in rem alterius factum sit. At haec omnis administratio, si abest conventio mercedis, gratuita est. Quisquis enim aliena negotia gerit, & maxime si sine mandato, nullam actionem habet, nisi de eo, quod illi abest eo nomine de suo. *L. 2. D. de negot. gest.* Nunc autem in superioribus operis omnibus volumus esse petitionem mercedis. Aliunde igitur esse oportet, quam ex eo quasi contractu, omninoque hic cogitationem mutuam de mercede danda accipiendaque subesse oportet. Quod si ita est, nihil restat, nisi ut obligatio sit ex [7] contractu, quia ex conventione & negotio gesto. Et est ita omnino. Negotium est, quod superiores personae faciunt, idest, eam operam praestant, quam diximus, ut ab iis qui opera usi sunt, accipiant dignam opera mercedem. Conventio in eo, quod qui opera utuntur, in eamdem legem & conditionem consentiunt, idest, ista ipsa mente & lege eam operam in se admittunt. Opera superiorum manifesta est. Conventio non est aperta: sed intelligitur tamen satis, illinc ex instituto eorum, qui illas operas tractant; hinc autem ex studio & voto eorum, qui utuntur. Nam & professorum liberalium artium, & medicorum, & obstetricum, & ludimagistrorum, & advocatorum, ita est institutum vitae, ut in his quae profitentur, honestam quidem & laudabilem, non tamen gratuitam artem exerceant, sed eam, ex qua faciant dignum operae pretium ad vitam honeste transigendam. Id experientia omnium temporum & nationum docet, nec indiget res probatione. Quid illi, qui ad istos accedunt, quo eorum opera pro instituto vitae utantur? Non dubium est hos quoque sic accedere, ut quorum operam expetant, eorum quoque conditionibus ista opera uti velint; sic fit, ut quemadmodum illi non dant operam gratis: sic & horum sit animus, ne gratis suscipiant. Consensus igitur inter istos, illi ut mercedem accipiant pro opera: isti ut dent, uti ad eos opera pervenit, quam & consensu mutuo accipiunt. Hic autem consensus conventio est. *L. 1. D. de pact.* Nihil nocet, quod non exprimitur, postquam placuit non minus tacitas conventiones valere, quam expressas. *L. 4. D. de pact.*

XI. Ex hoc tamen genere negotii non est supra scriptis personis actio constituta praescriptis verbis civilis, aut in factum propria, id est ordinaria actio qualis esse solet in his negotiis, quae manifestam conventionem habent, cum feci ut dares, aut faceres; sed constituta extra ordinem, seu per-

7) Immo recte Wes. *in Par. de extr. cognit. in pr.* Non fluunt, inquit, ex ordinario iure pacti, obligationis, actionis, sed citra conventionem & actionem ordinariam ex aequitate & privilegio proponuntur &c. Si verus contractus, vera hic & ordinaria actio, verus iudiciorum & cognitionis ordo. Quin nulla igitur hic quasi naturalis obligatio ea beneficio, cui hic pleniorem vim leges tribuunt; vid. *supra C. 2. not. 15.* Id probat clare *L. 1. pr. si men. fal. mod.* verbis: *Operam beneficii loco praeberi, & id quod datur ei ad remunerandum dari; & inde honorarium appellari.* Quia videlicet quodam antidoto beneficium compensatur, non de opera satisfit. Nec cum sponte dant ex. gr. aegroti medico, accipit is ex contractu, (uti cum ex. gr. res vendita sponte traditur) sed mutua benevolentia utitur, cum sciat se tanto plus praestitisse. Vid. Fr. Pollet. *L. 2. Hist. fori C. 11.*

perſecutio extraordinaria. *L.* 1. *D. de extr. cognit.* Unde & quæ de his mercedibus exercentur cognitiones magiſtratus, dicuntur cognitiones extraordinariæ. Id fit tribus de cauſſis, in quibus ab ordine & more iuris recepto in his petitionibus receſſum eſt, & actio conſtituta extra, id eſt præter, eum ordinem & formam iuris uſitatam. Primum hic datur actio de mercede operæ, de qua tamen aperte nihil convenit. Singulare hoc beneficium iuris fuit, ut conventio de qua dubitari poterat, pro certa conventione acciperetur, & ita daretur actio, quaſi aperte contractum eſſet. Beneficii argumentum eſt, quod non omnibus qui operam præbuerunt aliis ſine conventione, eadem præſtatur actio; ſed ſupra ſcriptis tantum perſonis. Hoc ideo, quia iſtorum honeſta ac verecunda opera eſt, puderetque eos, qui profitentur eas artes, de [8] mercede certa ab initio convenire. Unde & illud recte viſum eſt ſic eorum pudori parcere, ut tamen ſine fraude eorum fieret, conſtituta nimirum his actione ſine alia aperta conventione. Secundum & illud ſingulare. Nam de omni pactione ex qua præſtari pecunia debet, generaliter receptum eſt inutilem eſſe conventionem, non adiecta certa quantitate. *L. ita ſtipulatus*, 115. in princ. *D. de verbor. oblig.* In his autem cauſſis videmus nullam mercedem certam adiectam eſſe, & tamen actionem conſtitutam de mercede, quæ æſtimaretur officio iudicis de ea cognoſcentis. Neque tamen hic omnino incerta res eſt, quæ verſetur in obligatione, ut propter incertitudinem rei in obligationem deductæ repudiari actio debeat. Non enim tantum quid certum eſt per ſeſe, ſed etiam quod fit certum per aliam rem, ad quam refertur. *L. in ſententiis*, *D. de re iudic.* Ex quo placuit dotem a patre ſimpliciter promiſſam nulla certa demonſtrata vel re vel quantitate, nihilominus deberi: quia dotis quantitas ex appellatione dotis & certæ perſonæ, ad quam relata eſt, certitudinem accipiat. Eſt enim patris dare filiæ dotem, cuius modus pro facultatibus patris, & dignitate mariti conſtituitur. *L. capite*, 19. *D. de rit. nupt.* *L. cum poſt*, 69. *§. gener*, *D. de iur. dot.* Quo argumento & in his cauſſis tacito conſenſu conſtituitur merces, per ſe quidem incerta, quia nulla certa quantitas dicitur: ſed quæ fit certa, dum conſtituitur pro opera ſuperiorum perſonarum, & conditione eorum, quibus præbetur opera. Sic enim ex dignitate & quantitate operæ, ex præſtantia eorum qui præſtant, ex facultatibus eorum, qui opera uſi ſunt, tum ex conſuetudine publica, quæ in huiuſmodi rebus ſervatur, æſtimatio adhibetur, ut de advocatorum honorariis ſcriptum eſt in *d. L.* 1. *§. in honorariis*, *D. de extr. cognit.* Tertium ſingulare eſt, & præter veteris iuris ordinem in iure dicundo, quod cum in cæteris actionibus & petitionibus ita eſſet iuriſdictio iure Romano, ut magiſtratui liceret in ea cauſſa, in qua aditus erat, aut iudicare ipſe, aut iudicem dare, unde dicta iudicis dandi licentia eſſe iuriſdictio. *L.* 3. *D. de iuriſd.* in his petitionibus extraordinariis iam olim placuit, prætores ipſos Romæ, & præſides in provinciis de mercedibus ius dicere, ita ut cognoſcerent ipſi, & iudicarent *d. L.* 1. in princ. *§. ludi*, *§. ſed etſi*, *de extr. cognit.* Quæ cum omnia ſint præter morem receptum & actionum & iudiciorum, non abs re eſſe apparet, quod dictæ ſint hæ cognitiones extra ordinem conſtitutæ, & extraordinariæ. Hactenus tamen ita dictæ & conſtitutæ, ut cum de cauſſa obligationis & actionis in his cauſſis quæritur, intelligi oporteat nihilominus eas ad diviſionem obligationum initio propoſitam pertinere. In ea autem hanc ſedem habere: eſſe enim hic contractum, ex quo ſit obligatio ſuperior: contractus genus eſſe, cum facio, ut des, id eſt operam in ſuperiore aliqua profeſſione præſto, ut mercedem accipiam.

8) Vendere enim operam, & pretio tanti beneficii auctoritatem elevare ſordidum, cum pleraque hoc ipſo vilia videri poſſint, quod pretio præſtantur. Hinc Hippocrates ſuos iureiurando obſtringi voluit ut artem ſuam facerent ἄνευ μισθοῦ καὶ συγγραφῆς, id eſt, ſine mercede & pactione, ſeu ſine mercede conventa. Perceptionem enim mercedis non vetuit ſed pactionem, Fr. Poller. *Lib.* 2. *Hiſt. fori* c. 11. Ubi & iuſtiſſimam hanc acquirendi rationem vocat ac ex labore honeſtiſſimo, cum & hæc ipſa opera cauſſas orandi &c. temporaque alienis negociis datum facultatem aliter acquirendi recidant.

CAP. XV.

Nulla re ante præstita, etiam verbis conventionem iure civili confirmari: & literis interdum: Unde obligatio, illinc quidem, quæ verborum; hinc autem, quæ literarum dicitur: Quibus verbis; quibus literis.

Transitio; ubi fusior obligationum, quæ re contrahuntur habita tractatio difficultate rerum, atque utilitate excusatur. I.
Sine re contrahitur obligatio verbis, & his quidem conceptis, & ad consensum exprimendum idoneis. Quæ ex his obligatio, & quomodo appellata. II.
Obligatio verborum, & aliarum obligationum vis & natura cur hactenus obiter exposita. III.
Sine re & verbis obligatio contrahitur literis. Literarum obligatio qualis, & cur hic leviter indicata. IV.

I. IN quibus caussis re ad conventionem accedente confirmetur conventio, atque hinc re obligatio contrahatur, hactenus dictum sit. Quod erat primum genus eorum contractuum, quibus non contrahitur obligatio solo consensu. In quo cum tam multæ sint & variæ species, quam multas diximus, caussis & effectu longe dissimiles, pleræque etiam eiusmodi, quæ obscuram obligationis caussam habeant, & tamen huc debeant referri; non mirum, si genus a me constitutum est paulo pluribus verbis. Necesse enim fuit ita facere, dum & species huius generis exponuntur, & ad suas quæque caussas, suaque principia revocantur; sitque hoc modo, ut certius statuatur divisio iuris de caussis obligationum, dum intelligimus has quoque species in ea divisione suas sedes & locum obtinere. Reliqua sunt duo, quibus, ut est propositum, ad conventionem accedentibus confirmatur item conventio, verba, & literæ: unde reliqua genera duo obligationum, quæ non contrahuntur solo consensu, ut sine re aut contrahatur obligatio verbis, aut literis.

II. Ut ergo re ad conventionem accedente, qualem rem supra diximus, contrahitur re obligatio; ita sine re contrahitur verbis, cum ad conventionem verba accesserunt, Unde & obligatio, quæ dicitur verborum. Verba hic non intelligimus verba quælibet consensum de re aliqua præstanda significantia. Nam & verbis paciscimur; neque tamen ex solo pacto obligatio nascitur iure civili. *L. iuris gentium*, *§. sed cum nulla*, *D. de pact.* Sed verba accipere debemus, verba concepta, ad certum, & meditatum consensum de re præstanda exprimendum idonea, quæ & iure civili ad eam rem constituta, receptave sunt. Ea est, quæ uno verbo dicitur stipulatio; definiturque hoc modo, ut sit verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum, facturumve se, quod interrogatus est, respondet. *L. 5. §. stipulatio, D. de verb. obl.* Hinc obligatio, quæ dicitur verborum. De qua *Tit. in Inst.* & *D. de verb. obl.* Quam ex superiore conceptione, uno verbo ex stipulatione iure civili nasci, non est, quod pluribus ostendere conemur, cum diserte traditum sit in *§. de constituta, Inst. de action. L. 1. §. verbis, D. de obligat. & action. Instit. de verbor. obligat.* in princ.

III. Atque hoc satis sit nobis hoc loco constituisse; ut genus notum sit; quod unum nobis in præsentia in iustis & iure comprobatis conventionibus indicare propositum est. Ipsa stipulatio quibus rebus constet, & perficiatur, quid proprium eius obligatio habeat, non magis nunc quærimus, quam quid sit, & quibus rebus perficiatur, quamque vim habeat emptio venditio, locatio conductio, & reliqui contractus, quos supra retulimus, tantum ob id, ut in his conventio iure ad obligationem comprobata intelligeretur. Alius est mihi constitutus locus, in quo postea omnibus his positis quæ contractum efficiant, de singulorum contractuum natura, & obligatione propria quæratur. Ubi & suo ordine, quæ ad stipulationem, & verborum obligationem pertineant, dicetur.

IV. Si & res ante præstita, & verba, sive stipulatio desint, quæ ad conventionem confirmandam accedant; supersunt ad extremum literæ, quæ interdum accedentes pariter conventionem confirment. Unde & obligatio, quæ ex contractu, & tanquam ex literis nata, dicitur literarum, ut superior ex verbis obligatio verborum. Literas hic vocamus omnem cautionem scripto comprehensam mutuo consensu tra-

traditam creditori, qua quis profitetur se ab eo certam pecuniæ summam mutuam accepisse. Qua ex re sic deinde eum post biennium obligari placet, ut quanvis non acceperit, quod se accepisse professus est, tamen id omnimodo solvere cogatur: sed certis conditionibus. Quæ cum ad naturam & vim huius contractus pertineant: ibi quoque tum, cum ad eam partem venerimus, eodem cum cæteris contextu a me exponentur. Ubi & de genere obligationis, vi & potestate eius dicetur. Nunc cum constet & hoc genus obligationis certo iure receptum esse, traditum ex professo in *Institutionibus Tit. de liter. oblig.* satis sit id quoque hoc loco indicasse, ut instituti ratio postulabat. Deinceps ad reliqua pergemus.

C A P. X V I.

Fines stipulationis & conventionis omnis legitimos duos hos esse: in stipulatore & acquisituro, ut stipuletur & paciscatur quisque sibi, non alii: In promittente, ut se promittat daturum facturumve, non alium. Adversus hos fines interpositam conventionem omnem ad acquirendum alteri, aut obligandum alium esse inutilem: nisi si quid hic certis de caussis excipiatur. Et de priore genere in eo, qui stipuletur alteri. Cur hæc stipulatio, & qua ex parte inutilis.

Transitio, & methodi superius propositi progressus & continuatio. I.
Finis omnium conventionum summus iste; ut detur aliquid aut fiat. II.
Constat ideo dantis & facientis, itemque acquirentis, accipientisve persona. III.
Utrique sive stipulanti sive promittenti duæ summæ leges a iure impositæ; & quæ. IV.
Prior illa; ut quisque sibi recte stipuletur, & caveat; alteri stipulari aut cavere nullo iure liceat. Quæ utriusque partis ratio. V. VI. VII. & seqq.
Contrariis occurritur. VII. VIII. IX. X.

I. ET ex quatuor rebus propositis, quibus omnem conventionem constare diximus, quæ eædem valeant ad confirmandam conventionem, pariendamque obligationem, nempe consensu, fine conventionis, rebus promissis, personis contrahentium: hactenus de prima parte, idest de consensu diximus. In qua ostendimus, quis consensus, quæve conventio iure comprobetur ad obligationem; & si explicatius dicendum est, quæ conventiones pariant obligationem solo consensu, quæ non pariant. Et quæ non pariunt, quibus rebus accedentibus id efficiant: tum quæ fini res huius generis, & quot numero. Quibus cognitis cognita sunt genera lustarum & legitimarum conventionum. Sed nihil prodest ad obligationem conventio, quantunvis legitima, nisi reliqua tria superiora accedant, qualia eo iure constituta esse oportet; finis conventionis legitimus; res promissæ ad commercia. & commutationes idoneæ; personæ contrahentium contrahendæ suscipiendæque obligationis capaces. De quibus leges sunt quædam communes iure receptæ: quæ cum pertineant ad omnes conventiones superiores legitimas, de his etiam in commune dicemus.

II. Cum ergo proposita erit aliqua conventio, quam constet a consensu esse legitimam, ut nunc legitimam vocamus, id est iure comprobari ad obligationem: proximum est ad vim eius, ut de fine conventionis cognoscatur, quando hunc quoque legitimum esse oportet. Finis omnium conventionum ad obligationem communis hic unus est summus, ut quid detur aut fiat, ut in definitione contractus ostendimus. Atque adeo in eo est obligatio omnis. *L.* 3. *D. de oblig. & act.* Sed præcipue contractus, quo id agitur, ut acquiratur nobis, quod nostra interest. Quod de stipulatione dictum in *L.* 2. in pr. *L. stipulatio ista*, 38. *§. alteri, D. de verb. obl.* pertinet ad omnes contractus, quibus idem propositum est.

III. Hic finis duas personas continet, unam accipientis, acquirentisve; alteram dantis aut facientis. Necesse est enim in omni datione & acquisitione unum esse, cui detur aut fiat; alterum, qui det aut faciat. IV.

IV. Quid in his finis legitimus concedat, ut recte cavere liceat, quæritur. Hæc autem quæstio est, utrum is cui promittitur, conventione non tantum sibi cavere possit, quo sibi detur aut fiat, quod eum posse constat: sed etiam conventione id agere, ut detur aut fiat alteri. Qui autem promittit, utrum non tantum promittere possit de se, nempe daturum se facturumve, quod item constat eum posse; sed etiam possit aliud daturum, facturumve promittere. Et de eo hæ sunt leges summæ iure traditæ: in eo quidem cui promittitur hæc, unumquemque stipulando & paciscendo sibi cavere posse; alteri non posse. In promissore autem hæc, unumquemque de se promittere debere; alium daturum facturumve frustra promittere. Quæ totidem sunt partes huius finis legitimi, quem quærimus. Quæ ut personis & iure distinctæ sunt; ita de his separatim cognoscendum, quid in singulis ius deneget, aut concedat.

V. Sit igitur prima hæc lex in eo, cui quid promittitur, & qui studet id alicui acquirere, vel sibi, vel alteri, sive hunc stipulatorem, sive creditorem uno verbo appellare libet: unumquemque recte stipulari sibi, alteri [1] stipulari non posse. Definitio in stipulatione multis locis tradita. *d. L. stipulatio ista*, 38. *§. alteri*, *D. de verb. obl.* *§. si quis alii*, *§. alteri*, *Inst. de inutil. stip.* Sed ne in stipulatione hic consistamus, sciamus hanc legem ad omnes contractus & conventiones pertinere. In quo hæc regula Pauli tenenda est: *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium obligationis sumant, inanem actum nostrum efficiunt. Et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.* L. quæcumque gerimus, *D. de obl. & act.* Ergo cum dicitur alteri stipulari, aut cavere nos non posse; hoc dicitur si stipulati, aut pacti simus, inutilem esse stipulationem & pactionem. Pro quo aliis verbis dicitur nihil agi in *§. si quis alii*, *Inst. de inut. stip.* Inutilem esse hanc stipulationem rursum cum dicimus, hoc dicimus inutilem esse omnibus, quorum caussa comparata est. Proinde his duobus, & stipulanti, & ei alteri, in quem stipulatio est collata. Quod & verum est. Cuius utriusque partis hæ rationes redduntur a veteribus, ut stipulanti quidem nulla inde quæratur actio, quia sibi quæsitam noluit: ei autem cui stipulatus est, ideo nulla, quia stipulator alteri acquirere non potuit, cum ius prohibeat. Hæc in *L. multum* in fin. *C. si quis alt. vel sibi*, *L. si genero*, *C. de iur. dot.*

VI. Prior ratio expedita est. Constat enim in omni contractu, quoniam non nisi consensu duorum perficitur, nihil valere, aut cuiquam acquiri posse sine consensu. *L. 1. §. 1. D. de pact.* *L. non omnis*, *D. si cert. pet.* Non consentit autem, ut sibi quid detur aut fiat, qui nominatim id dari aut fieri stipulatur alteri.

VII. Posterior ratio non item est expedita. Scimus quidem regula iuris certi ita traditum, per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non sit, nec bona fide nobis serviat, obligationem nullam nobis acquiri posse. *L. si ita stipulatus*, 126. *§. Chrysogonus*, *D. de verb. obl.* *L. 1. C. per quas pers.* *§. ex his*, *Inst. eod. tit.* Sed videamus, ne huic ipsi Iuri refragetur alia iuris constitutio longe æquissima, qua efficitur alienam conditionem deteriorem quidem facere nos non posse: at meliorem posse etiam ignorantis & inviti. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Quid ni igitur ex hac regula alteri stipulationem & actionem stipulando acquirere

1) *L. 9. §. 4. de reb. cred.* *L. 11. §. pen. de pig. act.* Vasq. 3. *usu freq.* 98. *n.* 32. *L.* 73. *§. ult. de R. I.* ubi P. Fab. Idem est Iure Canonico. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 1. *&* 3. *&* Pachin. 3. *Contr.* 19. *per C. quanquam de Usur. in 6.* ubi exigitur persona publica, ut stipulatio alteri fiat; & discrimen nullibi expressum, & Iure quoque Canonico auditur exceptio: Tua non interest, *C. cum inter extra de elect.* Quid si ex pacto detur actio iure provinciali, num hæc stipulatio valebit? Affirmat Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 15. Parlador. 2. *Rer. quotid.* 3. *n.* 28. volentes, cum iure Hispanorum regio ex pacto detur actio, dari etiam ex hac stipulatione. Contra Vasq. *Lib.* 3. *de Succes. creat.* §. 30. *n.* 26. nec valere hanc stipulationem iure isto, quia nec sit pactum. Licet enim postea superveniat ratihabitio illius, cui stipulatio facta est, non tamen habetur tunc duorum consensus, sed unius voluntas. Ex quibus non inconcinna ratio depromi potest, cur hæc stipulatio nihil valeat, quia conventionem in se non habet, cum hic consensus duorum in idem tempus, vid. *supra Cap.* 10. *N.* 5. *sub. fin.* desit, illorum videlicet amborum, inter quos debet consistere obligatio. Unde & libentius illis accesserim, qui nec naturalem obligationem hinc oriri rentur, ut Donellus noster, ad *L.* 38. §. 17. *N.* 9. *& seqq.* Gifan. *ad L.* 14. *de O. & A. n.* 22. Eman. Soarez. *in Annot. ad* Gome. 2. *Resol.* 11. *lit. N.* Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 11. *n.* 2. *& Lib.* 3. *C.* 58. *n.* 32. scribens naturalem non oriri, vel, si oriatur, carere omnibus effectis a iure Civili accommodatis, & pluribus Lib. 3. *de success. creat.* §. 30. *n.* 6. *& seqq.* quanquam via secum ipse probe convenire videatur. Licet enim naturæ non inconveniens sit, eum qui se obligare vult, teneri; tamen naturæ impedimentum obstat, quod alter qui stipulatur non velit sibi acquiri. Obligatio autem cum sit ex genere relatorum, consensum requirit obligantis & obligati, quorum alter sine altero considerari nequit. Nam & DD. fere, qui communiter dissentiunt, naturalem obligationem tertio cui quis stipulatus est, non acquiri fatentur, sed stipulanti, maxime si verba obligatoria in illius personam concepta ea. gr. Promittis mihi quod dabis Titio 100. vid. Io. Bapt. Caccial. *de Pact. Q.* 11. *n.* 4. *&* 5. Vasq. *d. C.* 58. *n.* 2. add. Covar. *in C. quamvis de pact. in 6. P.* 2. *Relect.* §. 4.

rere liceat? Et certe hoc quoque iuris certi est, posse unumquemque alteri possessionem acquirere, & per possessionem dominium. *L. 1. C. per quas perf. §. ex his, Inst. eod. L. traditio, §. ult. D. de acq. rer. dom.* Quid caussæ est, cur non liceat stipulationem, & obligationem? Dices, stipulationem acquiri civiliter, possessionem autem naturaliter. De his autem acquisitionibus aliud atque aliud placere, ut distinguuntur ista in *L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* Nihil hoc ad defensionem pertinet. Quinimmo hoc responso petitur principium, sumiturque pro ratione id, quod erat in quæstione. Hoc enim ipsum quæritur, sitne hoc per omnia constitutum iure civili; aut si constitutum est, quam recte sit constitutum. Nos vero non tantum rationem naturalem hic opponimus, sed etiam civilem, probamusque iure quoque civili hoc effici, ut & stipulatio alteri possit acquiri; quia ita scriptum sit in *d. L. solvendo, D. de neg. gest.* naturalem simul & civilem rationem suadere, alienam conditionem meliorem etiam ignorantis & inviti facere nos posse.

VIII. Sed nihil hæc sententia superiori iuri adversatur, quo vetamus alteri acquiri obligationem. Nam quæ meliorem alterius conditionem facere permittit, eadem facere deteriorem prohibet. Quæ res facit, ut si in eodem negotio utrumque horum concurrat, ut unius conditionem faciamus meliorem, alterius deteriorem, inutile sit quod geritur; ne si id volumus valere, faciamus contra legem, quæ deteriorem alterius conditionem facere nos vetat. At hoc accidit in omni obligatione, quam alteri quæsitam volumus. Nam si ei isto modo acquirimus; facimus quidem huius conditionem meliorem: sed facimus promissoris deteriorem, dum eum necessitate dandi faciendive oneramus. Hoc vero superiore constitutione tum naturæ, tum civili non licet. Quod si ita est; usque adeo hæc lex non facit, ut alteri obligationem conventione nostra acquirere possimus; ut potius quod placet eam alteri acquirere nos non posse, videri debeat ex superiore lege esse expressum. Hoc periculum cum non versetur in possessione alteri acquirenda, & rebus quibusdam similibus; sciamus id caussæ esse, cur eas res acquirere possimus alteri; obligationem non possimus. De quo plura in commentariis ad *§. alteri, L. stipulatio ista. 38. de verbor. obligat.*

IX. Cur ergo unumquemque stipulatione obligare possumus, atque hoc modo eum onerare, dum nobis stipulemur? Quia lex superior hac exceptione temperata est, nisi nobis acquireremus. Quod sane necesse fuit facere receptis semel commerciis & contractibus, quibus hæc vita carere non potest, quæ ideo & iure gentium recepta sunt. *L. ex hoc iure, D. de iust. & iur.* Nulla enim potest ex his esse præstatio aut acquisitio, quam ab invito exigere possumus, nisi promissor ad eam præstationem ex contractu obligetur. Recepti sunt autem atque adeo inventi contractus omnes, ut quisque sibi acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio, §. alteri, D. de verb. obl.* Quapropter & illud fuit consequens, ut dum id stipulatione nobis acquiritur, in eam rem & promissor nobis obligaretur.

X. At cur non potius dicimus inventos esse contractus, ut acquiramus non tantum nobis, quod nostra; sed etiam alteri, quod eius interest: ut ex eo colligamus etiam alteri obligationem conventione nostra quæri posse? Et Ulpianus in *d. §. alteri.* scribit inventas esse stipulationes, ut unusquisque acquirat, quod sua interest; significans ad hoc solum esse inventas. Ex quo etiam colligit, alteri nos stipulari non posse; quia alteri dari, inquit, nihil nostra interest. Hoc quæritur, cur ad hoc solum sint inventæ stipulationes & contractus omnes, ut acquirat sibi quisque, quod interest sua; non etiam ut acquirat alteri, quod eius interest. Nempe ideo, quod eum in altero obligando & hactenus onerando nonnihil recedatur a superiore regula naturæ, quæ vetat alterius conditionem deteriorem facere: curandum fuit, ne sine iusta caussa id cuiquam concederetur. Etsi enim de iure recepto nihil facile mutandum est; tamen ubi evidens æquitas poscit, id faciendum esse convenit. *L. etsi. D. de regul. iur.* Sed solum ubi res, & æquitas id postulant. At nulla iusta caussa est, cur concedatur cuiquam alium obligare quo det alteri, ubi alium onerat sine ullo commodo suo. Alium autem sibi obligare, quo quis sibi acquirat, eiusmodi est ut cuique concedere non modo sit humanum, sed etiam necesse ad vitam tuendam; sine quo & vita hæc, ac convictus hominum inter istos stare non potest.

CAP.

C A P. XVII.

Quod dicitur, Alteri ſtipulari neminem poſſe; quas habeat ſive cautiones ſive exceptiones, cum in perſona ſtipulantis, tum in perſona eius, in quem ſtipulatio collata eſt.

Rerum nexus & ordo. I.
Stipulatio alteri facta valet, ſi ſtipulantis interſit. II.
Duo ſtipulantium genera, quorum interſit quid alteri dari. III.
Patris & domini ſtipulantium filio vel ſervo. IV.
Quibus in cauſis patris ſtipulatio ſit inutilis. V.
Item extranei ſtipulantis alteri quod ſtipulans illi debet; aut viciſſim ab illo ſtipulanti debetur. VI.
In id quod noſtra interſit quocunque modo, actio quæritur nobis ex ſtipulatu. VII.
Stipulatio facta alteri interdum & illi utilis cui ſtipulamur, recta aut obliqua via: uterque modus qui. VIII.
Recta ſtipulamur alteri utiliter, non cuicunque tamen: ſed certis dumtaxat perſonis; & his quare. Tria eorum genera, & quæ. IX.
1. *Pater & dominus. His recte & utiliter ſtipulantur filiifamilias, & ſervi ex omni cauſa. Qui loco ſervorum ſunt, duobus tantum ex cauſis, & quibus*. X.
2. *Heres recte quiſque heredi paciſcendo cavet, quod quis, adiecta perſona ſua, ſibi heredique ſuo ſtipulatur, & quare*. XI.
Quin etiam & quod heredi non ſibi ſtipulatur, valet; & qua de cauſa. XII.
Quid ſi uni ex pluribus heredibus caverit ſtipulando defunctus: qua diſtinctione res temperanda & definienda. XIII. XIV.
3. *Civitas, pupillus, adoleſcens, miles. His utilem actionem ſtipulando quærunt actor, ſeu ſindicus, tutor, curator; & pupillo magiſtratus interdum; militi procurator: & quomodo*. XV. XVI.
Nulli alteri, præter tria illa perſonarum genera, actionem quis ſtipulando ſeu directam, ſeu utilem acquirit. XVII.
Obliqua via quis alteri obligationem & actionem ſtipulando quærit aut in cauſa mutui, aut in aliis cauſis. XVIII.
Quomodo ex mutui cauſa. XIX.
Quomodo ex aliis cauſis. XX.
Quærunt alteri iſto nomine Procurator, & extraneus: ſed diverſo modo; & quo. Quæ in utroque differentiæ cauſa & ratio. XXI. XXII. XXIII.

I. CONſtituta eſt igitur ſatis lex ſuperior, alteri ſtipulari, aut paciſci non licere. Et quidem in utramque partem, ut ſi quis ſtipulatus ſit, inutilis ſit ſtipulatio pariter & ſtipulanti, & ei in quem ſtipulatio collata eſt. Sed habet utraque pars ſuas quaſdam exceptiones, vel verius cautiones, quibus efficitur, ut dum quis verbis ſtipulatur alteri, re autem ipſa intelligitur ſtipulari ſibi, utilis ſit ſtipulatio, alias ſtipulanti, alias ei alteri, cui ſtipulamur. Itaque quid hic in utriuſque perſona iuris ſit, ordine dicemus.

II. Et de ſtipulatore ſic habendum. Quod dicitur dum quis ſtipulatur alii dari, inutilem eſſe ſtipulanti ſtipulationem, ſic accipiendum eſt, ſi ſtipulantis nihil interſit alteri dari. Quod ſi interſit eius dari ei, cui ſtipulatus eſt, placet ſtipulationem valere, quo ſcilicet hactenus acquiratur ſtipulanti obligatio & actio, quatenus [1] eius intereſt. *d. L. ſtipulatio iſta*, *§. ſi ſtipuler*, & deinceps, *D. de verb. oblig.* *§. ſed & ſi quis*, *Inſtit. de inutil. ſtipul.* Neque id præter regulam, ne quis hic vere exceptionem eſſe exiſtimet: ſed maxime ex regula: quoniam qui ita ſtipulatur alteri, ut eius interſit alteri dari, vere hunc dixeris ſtipulari ſibi, non alteri: quippe qui ſtipuletur non alterius commodo, ſed ſuo. Denique cum velit conventione ſibi acquirere id, cuius cauſſa ſtipulationes omnes inventæ ſunt, puta id quod intereſt.

III.

1) Convaleſcere quoque ſtipulationem, etſi poſtea intereſſe cœperit, communius placet. Vaiq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. *n.* 31. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 132. De quo aliquis non abs re dubitaverit. Vid. *N.* 6.

III. Eorum, quorum intereſt alteri dari, duo ſunt genera. Unum eorum, qui ſtipulantur iis, quos in poteſtate habent: alterum extraneorum, qui & ipſi ſtipulantur extraneo. In poteſtate dominorum ſunt ſervi, in poteſtate patrum ſunt filii, niſi ſuis modis de poteſtate exierint.

IV. Quod dominus ſervo, pater filio quem in poteſtate habet, ſtipulatur, ſibi acquirit. *L. dominus, D. de verbor. obligat.* Non alia id quidem de cauſſa, quam quod intereſt domini ſervo dari, patris dari filio. Horum quidem intereſſe hæc ita fieri certum eſt. Servo enim datum, ſtatim acquiritur domino. *§. item vobis, Inſt. per quas perſ. nobis acquir.* Datum filio ſtatim ad patrem redit, ubi a patris ſtipulatione ſola profectum eſt. *§. 1. Inſtitut. eod.* Sed an iſta de cauſſa, non alia in propoſito ſibi acquirat dominus ſtipulando ſervo; pater ſtipulando filio, dubitari poteſt. Nos dicimus, non alia. Id ita eſſe ex eo intelligemus, quod ſi quid pater ita ſtipuletur filio, ut id in perſona filii conſiſtat, nec redeat ad patrem, placet inutilem eſſe ſtipulationem, & filio, cui per patrem acquiri nihil poteſt, & patri, cuius nihil intereſt datum aut factum eſſe filio.

V. Duabus de cauſſis accidit, ut quod pater filio ſtipulatur, ad patrem non redeat, totidemque de cauſſis, ut patris ſtipulatio in huiuſmodi rebus ſit inutilis. Una, ſi ſtipuletur filio, quod conferatur ſolum [z] in filii perſonam: ut ſi ſtipuletur ei agere licere, ſi ſtipuletur ei fundi Corneliani uſumfructum. Quam ob cauſſam & ſtipulationem eſſe inutilem traditur in *L. quod dicitur, 86. D. de verb. obl.* Altera, ſi quid pater ſtipuletur filio, quod leges volunt eſſe filii, patri acquiri non permittunt. Veluti, ſi quid ſtipuletur præſtari filio, quod ad cauſſam peculii caſtrenſis, aut ad proprietatem peculii adventicii pertineat. Et in hac cauſſa patrem ſibi non acquirere indicatur in *d. L. dominus, 39. de verb. obl.*

VI. Alterum genus eorum, quorum intereſt alteri dari aut fieri, diximus eſſe extraneorum ſtipulantium extraneo. Etiam horum ut interſit dari fieri extraneo, ſæpe accidit. Fit autem in ſumma duobus modis. Unn, ſi quid ſtipulemur alteri dari vel fieri, ad quod dandum ant faciendum illi alteri prius nos obligati eramus. Altero e converſo, ſi ſtipulemur alteri id, ad quod nobis reddendum alter ille prius nobis obligatns erat.

VII. Inde etiam totidem modis evenire placet, ut nobis ex huiuſmodi ſtipulationibus actio acquiratur, in id quod noſtra intereſt. Exempla ſuppeditabunt *L. ſtipulatio iſta, 38. §. ſi ſtipuler*, & deinceps uſque ad finem. *L. item, §. ſed & ſi quis, Inſt. de inut. ſtip.* quibus in locis cum varia exempla proponantur, quorum ratio non ſtatim omnibus occurrit, ita omnia expediemus facillime, ſi in omnibus nobis proponemus eam rationem iuris, quam dixi: in qua etiam omnia ad eam ſummam generum, quæ dixi, referri reperiemus.

VIII. Hæc de ſtipulatore, qui ſtipulatus eſt alteri. Altera pars inutilis huius ſtipulationis pertinet ad eum, in quem ſtipulatio & pactio collata eſt. Hanc quoque dicebamus, & præcipue, inutilem eſſe ſtipulationem, huic ex ſtipulatione & cautione ulla noſtra obligationem actionemve acquiri non poſſe. Non eſt hoc perpetuum. Interdum alii ſtipulantes paciſcentesve illi actionem ſuo nomine acquirimus. Fit hoc dupliciter. Alias recta; nonnunquam obliqua via. Recta, cum ſtipulantes paciſcentesve recta illi dari aut fieri, ipſa hac cautione noſtra illi acquirimus, quo ille ſuo nomine agat. Obliqua via, cum prius facimus aliquid, quod per ius commune omnibus licet facere, ex quo deinde per conſequentias illi actio acquiritur, cui cautum voluimus.

IX. Recta ſtipulantibus nobis alteri, certæ ſunt perſonæ, quibus ex ea ſtipulatione obligatio & actio ſuo nomine acquiratur,

z) A. Fab. 33. *Err. Prag. 9. pag.* 442. Valet hæc ſtipulatio pactumve in perſona patris perinde ac ſi ſibi ſtipulatus *d. L.* 39. *L.* 56. §. 2. *de V. O.* Non in perſona filii, ut illi commodum vel actio quæratur, ne quidem patre mortuo, & ne quidem ſi pater contulerit ſtipulationem in tempus quo ipſe erit mortuus, ut in ſpecie *L.* 23. *de pact. dotal.* Ut nec tunc actionem habeant, niſi heredes ſint. Quo caſu eam & extraneus iure hereditario haberet; quia quiſquis ſibi ſtipulatur vel paciſcitur, intelligitur etiam heredibus. *L.* 9. *de Probat.* Ibid. refellit DD. quærentes, an ſi pater ſibi & filiis ſtipuletur, acquiratur his obligatio ut filiis, pro viribus, an ut heredibus, pro hereditariis portionibus, ſi inæqualiter forte inſtituti, quia non licet ſtipulari filiis ita ut ſtipulatio conſiſtat in eorum perſona. Rectius autem Faber hoc loco, quam ad *L.* 21. §. 2. *de pact.* in verb. *ne a Titio petat*, ubi diſcrimen inter pacta & ſtipulationes quo ad hoc agnoſcit, quia ſtipulationes contineant iuris vinculum, pacta non niſi voluntatis. Et quia in pactis filii perſona non habeatur pro patris perſona, ut in ſtipulatione, cum in iis quæ facti ſunt, fictioni locus non ſit, ut & Hot. *ad d. L.* 21. §. 2. quia pacta, inquit, ſpectantur naturaliter, ſtipulatio civiliter. Cuiac. 7. *ad Afric. in L.* 23. *de pact. dotal.* ita: Aut factum confertur in perſonam filii, ut itinere, ire, agere licere, & nec patri eſt actio, ut ſibi facere liceat, cum facere filium voluerit, id cuius rei capax eſt. Nec filio; quia ſi illi, eſſet & patri, ideoque nihil agitur *d. L.* 130. Aut ius, ut ſi pater ſtipuletur filio dari, & patri actio eſt perinde ac ſibi ſtipulatus eſſet. Item ſi ius poſſeſſionis conferatur in perſonam filii, ut filio tradi, reſtitui, &c. Sed hæc ita ſi ſimpliciter ſtipulatus eſt filio. Nam ſi poſt mortem vel emancipationem filio actio eſt; non directa, quia initio in eius perſona non conſiſtit, ſed utilis *L.* 45. §. 2. *de V. O.* item ſi ex cauſſa qua filio acquiri poteſt, videlicet caſtrenſis peculii.

tur, atque hactenus non aliter utilis sit stipulatio, quam si nobis ipsis stipulati essemus. Idemque in aliis omnibus pactionibus intelligendum est. Receptum hoc est in iis personis, quæ natura quidem sunt aliæ, ut dum his stipulamur, vere dicturi simus nos natura stipulari alteri; iure autem eadem nobiscum persona habentur: ut in his secundum verba definitionis propositæ, quæ alteri stipulari vetat, dici possit excipi eas personas a regula iuris: re autem vera & regulæ sententia magis in his sit interpretatio regulæ, qua declaretur has personas ad regulam pertinere, dum his stipulantes, nobis ipsis stipulari videmur. Earum personarum tria sunt genera, totidemque eorum, quibus recta stipulando vel paciscendo actionem acquirimus. Primum genus est eorum, quorum in potestate sumus. Secundum heredum, & universi iuris successorum. Tertium eorum, quorum in rebus administrationem, potestatemve aliquid gerendi iure commissam habemus.

X. Primi generis sunt, ut dixi, ii quorum in potestate sumus: cuius generis servi, & filiifamilias: illi in potestate domini; hi in potestate patris. De his certi iuris constitutio hæc est: quod servus domino, filius [3] patri cuius in potestate est, stipulatur, utiliter stipulari, ut acquiratur stipulatio & actio domino & patri non aliter, quam si dominus paterve ipsi sibi stipulati essent. *d. L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, *L. quodcumque*, 45. in pr. *D. de verb. obl.* §. *si quis alii*, § *alteri*, *Inst. de inut. stip.* Id caussæ est, quod qui in aliena potestate sunt, potestatis iure his, quorum sunt in potestate, tam arcto vinculo iunguntur, ut cum iis in rerum acquisitione eadem persona esse videantur. Unde & horum vox, patris vel domini vox; & quod idem est, iidem stipulantes paciscentesve patris vel domini voce loqui videri dicuntur. §. *et vero*, §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Cui congruit, quod dicitur in *d. L. quodcumque*, 45. *de verb. oblig.* quodcumque isti stipulantur, perinde haberi, quasi ipsi quorum in potestate sunt, essent stipulati. Itaque nihil hic distinguimus in persona filii, quid is stipuletur patri. Quodcumque id erit, id patri acquiret, non tantum si in dando sit, sed etiam in faciendo, veluti, ut patri ire agere liceat. Et quidem ita in faciendo, ut quominus in personam suam conferre factum non possit, nihilominus patri acquirat. *d. L. quodcumque L. quod dicitur* in fin. *de verb. obl.* Quapropter etsi quid ex peculii sui castrensis aut adventicii caussa stipuletur patri, ei acquiret. Et merito: Nam cum filius dominus sit peculii castrensis, ut de eo statuere possit, ut velit: *Instit. quib. non est per. fac. test.* cum item sit dominus peculii adventicii hactenus, ut proprietatem alienare possit, consentiente patre. *L. ult.* §. *filiis autem*, *C. de bon. quæ lib.* potest hæc omnia patri donare. Ergo & patri hæc eadem stipulando acquirere, quia hæc stipulatio interponitur donandi caussa. Quod si interponetur ex alia caussa vel obligatione præcedente, tanto iustius patri inde acquiri debet actio. Si quid hic videatur contrarii ex §. *ei vero*, *Inst. de inut. stip.* & §. 1. *Inst. de stip. ser.* huius interpretatio petetur ex commentariis ad *d.* §. *alteri*, *L. stipulatio ista*. Eadem illa ratio facit, ut quanvis, vetante domino, servus; patre, filius stipulati sint: nihilominus obligent domino patrive promissorem. *L. servus vetante*. Ubi ratio huius iuris pluribus a me exposita est. *D. de verbor. oblig.* Servorum nostrorum loco sunt, qui bona fide a nobis possidentur, item ii in quibus usumfructum habemus. Nam & quod per hos acquiritur, nobis acquiritur: duabus tamen tantum ex caussis, si quid acquirunt ex re nostra, aut si quid ex operis suis. Quare & si quid isti ex his caussis nobis stipulati sint, nobis obligationem acquirent. §. *de his*, §. *idem placet*, *Instit. per quas pers. nobis acq.* Et horum omnium stipulatio argumentum est. *Tit. de stip. ser. D.*

XI. In secundo genere sunt heredes. [4] Heredi nostro stipulando, & paciscendo quidvis acquirimus etiam quod in persona nostra non constiterit. *L. stipulatio ista*, §. *si quis ita*, *D. de verbor. obligat. L. cuius*, *D. de pact.* Merito, & quidem secundum regulam ipsam superiorem iuris, si quidem quæ sit alia, aut eadem persona, ex iuris interpretatione, non ex natura spectamus. Nam heres propter ius quo succedit in locum ac veluti personam defuncti, iure civili existimatur eadem persona esse cum defuncto. *Novel. de iur. a mor. præst.* Qua ratione fit, ut dum quis stipulatur heredi suo, ideo valere debeat

3) Sive impersonalis sit loquutio, sive in personam filii (ex. gr. Promittis mihi quod patri dabis) sive in patris personam (ut Promittis patri quod illi dabis:) concepta. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 1.

4) Non item legatario, vid. Fachin. 6. *Contr.* 71. Nec si cavero alteri extraneo, obligatio per id convalescit, si is postea mihi heres *L.* 17. §. 4. *de pact.* ubi ratio (& in *L.* 29. *de R. I.* ubi P. Fab.) Quem locum insignem notat Hot. *in d.* §. 4. in pactis statum personarum spectari tempore pactionis.

beat ſtipulatio iuxta regulam, quia videatur hoc modo ſtipulari ſibi, non alii. Sed hoc loco pleræque dubitationes exortæ ſunt veteribus, de quibus iuris quod mihi videatur eſſe de ſingulis, hic breviter & nude proponam tantum, ut quæſtiones ipſæ, & de his iuris ſententiæ ſummæ notæ eſſe poſſint. Difficultates ipſas, quæ in ſingulis partibus incidunt, ambigendi ſtatuendique cauſſas non attingam, quia diligenter & fuſe tractatas, & ut condido explicatas legere eſt in commentariis noſtris ad *d.* §. *alteri*, *L. ſtipulatio iſta*. Ergo in hoc genere pactionum quibus cavemus heredibus noſtris, nulla dubitatio eſt, quin recte quiſque ſtipuletur heredi, ſi quis, adiecta perſona ſua, ſtipulatur quoque heredibus, hoc modo; mihi heredique meo dabis? *d. L. ſtipulatio*, 38. §. *ſuæ*, *D. de verb. obl.* Sic enim fit, ut vere dicatur id caveri heredibus & ſucceſſoribus, ubi his id acquiritur, quod in perſona defuncti prius conſtitit. Quod eſt proprium hereditatis, & heredum. *L. hereditas*, *D. de reg. iur.* At finge aliquid horum deeſſe, ut vel ſibi quis non ſtipuletur, ſed tantum heredi; vel ſtipulatur ſibi quidem & heredi, ſed ex pluribus heredibus uni tantum, non cæteris. Oritur dubitatio, an valeat ſtipulatio, & ſi in unius tantum perſona valeat, quantum ei acquiratur.

XII. Quæritur igitur primum, ſi quis, omiſſa perſona ſua, ſtipuletur ſolis heredibus, an valeat ſtipulatio, & heredibus inde quidquam acquiratur. Movet, quod nunquam hæc ſtipulatio fuit defuncti, quippe qui ſibi quæſitum non voluit. Hereditatis autem & heredis appellatio non pertinet niſi ad ea quæ defuncti fuerint, cum is moritur. *d. L. hereditas. D. de reg. iur. L. nihil aliud*, *D. de verbor. ſignific.* Et certi iuris eſt etiam ſolis heredibus noſtris ſtipulari & cavere licere, ut obligatio & actio ab heredibus incipiat, quæ in perſona defuncti proprie non conſtitit. Hoc ius ſi ante fuiſſet dubium, cœpit eſſe certum lege Iuſtiniani, qua conſtitutum eſt, ut actiones ab heredibus & contra heredes incipiant. *L. unica. C. ut act. ab hered. & contr. hered.* Et vero hoc ita ſtatui oportuit, ſi heres eadem perſona eſt cum defuncto. Hoc enim admiſſo, non erit periculum, ne videatur ſtipulatio & obligatio non conſtitiſſe in perſona defuncti, atque ita non poſſe venire ad alios ſucceſſionis iure. Satis enim videtur ſibi ſtipulatus in perſona heredum, qui ſtipulatus eſt heredibus, ſi quidem, ut dixi, iidem ſunt cum ſtipulante defuncto. Atque ut forte deſit hæc ratio, tamen ſatis videtur fuiſſe in defuncto, quod ab eius perſona tranſiret ad heredes ſucceſſionis iure. Nam huius obligationis prima cauſſa in ſtipulatione & opera defuncti fuit. Huius operæ & facti ſucceſſio eſſe poteſt, dum eius utilitas transfertur ad heredes. Hoc ius confirmavit evidentius Iuſtinianus cum iuſſit utilem eſſe hanc ſtipulationem, ſi quis ſtipuletur poſt mortem ſuam ſibi dari, *ead. L. unica*, *C. ut act. ab her. L. ſcrupuloſam*, *C. de contr. ſtip.* Huiuſmodi ſtipulatio & pactio omnis veteribus erat inutilis. §. *poſt mortem*, *Inſt. de inut. ſtip.* Et merito, ſi verba ſequimur, quæ illi in obligatione verbis conſtante ſolum ſpectabant. Eſt enim ad verborum conceptionem impoſſibilis, cum mortuo mihi, cum amplius non ero in rebus humanis, dari nihil poſſit. Sed recte Iuſtinianus hanc quoque ſtipulationem admiſit, interpretatus contrahentium ſententiam, quæ ex verbis colligitur, omiſſa ſubtilitate verborum. Atque hanc ſic accepit, quaſi ſtipulator ſtipulatus eſſet poſt mortem ſuam heredi ſuo dari. Defenditurque omnino hæc ſententia ratione & conditione perſonæ; quam hic aperte confirmavit. Eſto enim, ſtipulatus ſit ſibi dari, non heredi. Tamen heredi dando ſatisfit huic ſtipulationi, ſi quis eam ad ſuperiorem conditionem & interpretationem iuris revocet. Nam ſi heres eadem cum defuncto perſona eſt, ut diximus, quod heredi datum erit; neceſſe erit ipſi ſtipulanti datum videri. Et nihilominus datur poſt mortem ſtipulantis re vera, quia non eſt heres quiſquam, niſi defuncti heres: cum hereditas nihil aliud ſit, niſi ſucceſſio in ius defuncti. *d. L. hereditas*, *D. de reg. iur.*

XIII. Deinde quæritur, ſi forte plures futuri ſint heredes, liceatne uni tantum cavere, ut huic acquiratur ſtipulatio, non cæteris. Et ſi quando licet, quantum huic acquiratur, totumne, quod defunctus illi ſtipulatus eſt, an tantum pro portione hereditaria. De quo hæc diſtinctio eſt veterum. Intereſt utrum quis uni heredi ſuo ſoli ſtipuletur, cum prius idem ſtipulatus non eſſet; an vero, adiuncta perſona ſua, ita ſtipuletur; mihi heredique meo Titio dabis? Si, omiſſa perſona ſua, ſtipulatur nominatim Titio heredi ſuo: ſoli ſ) Titio

ſ) Diſſ. Cuiac. ad *d. L.* 33. *de pact.* & ad *d. L.* 137. *de V. O.* putans, quia pacta facti ſunt, paciſci uni heredum licere *d. L.* 33. ſtipulari non item *d. L.* 137. §. *ult.* quia obligatio, quæ a defuncto cœpit, neceſſario ex 12. tabb.

tio acquiretur, nihil cæteris: & acquiretur solidum quantum testator stipulatus est: non pro parte tantum. De acquirendo uni sic Celsus in *L. avus*. D. de pact. *heredi consuli concessum est*, inquit; *nec quidquam obstat uni tantum ex heredibus providere:* cæteris autem non consuli. Idem indicat *L. continuus*, 137. §. *ult. D. de verb. obl.* ubi ita scriptum est, cum quid dari stipulamur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri: sed necesse esse acquiri omnibus. Ergo si quid non sit necesse acquiri cæteris, quod defunctus stipulatus est, dicemus cum Celso nihil obstare, quominus possimus uni ex heredibus acquirere. At in proposito, quod defunctus uni tantum heredum stipulatus est, cum prius sibi stipulatus non esset, id non modo non est necesse acquiri cæteris, sed nec his potest acquiri. Non enim his acquireretur ex persona defuncti, qui sibi non est stipulatus: non ipsis ex persona sua, quibus nec defunctus stipulatus est, neque ipsi sibi. Ita fit, quod dixi, ut quod acquiri his non potest, soli ei, in quem stipulatio collata est, acquiratur. Quod si huic soli acquiritur, necesse est etiam ei acquiri solidum. Ubi non est metuendum, ne aliorum heredum concursu quidquam ei detrahatur, cum nulli alii in partem venturi sint. Et certe verum non est, posse nos uni ex heredibus acquirere stipulando, nisi totum quod stipulati sumus, huic ipsi possimus acquirere. At enim heres succedit in ius defuncti solum pro portione hereditaria. *L. heredes*, §. *an ea*, *D. fam. erc.* Hoc ita est, ubi quod a defuncto profectum est, dividitur inter heredes. Nam quod divisionem non recipit, id pertinet in solidum ad singulos, quibus potest acquiri. *d.* §. *an ea*. Hic autem agimus de eo, quod non dividitur inter heredes, cum ex eo dicamus nihil ad cæteros pertinere.

XIV. Quod si quis personæ unius heredis etiam suam adiunxerit, hoc modo; mihi, heredique meo Titio dari; referri hic quoque putandum est utrum stipulatio in dando sit, an in faciendo: ut si in dando, frustra uni caveatur, sed necesse sit acquiri [6] omnibus heredibus; si in faciendo, recte unius persona comprehendatur, quo ei tantum acquiratur. Exstat hæc distinctio in *L. continuus*. 137. §. *ult. D. de verbor. obl.* Habet autem hanc rationem. Nam cum quis sibi dari prius stipulatus est, quæsita est ei obligatio & actio. Eam cum habuerit, necesse est, eo mortuo, heredes omnes in id ius succedere, sive his nominatim idem cautum sit, sive non sit, quia heres hoc ipso, quod heres est, succedit in universum ius defuncti *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* Hoc tamen ita, nisi id quod habuit defunctus, ius personale fuerit. Id enim ius ad heredes non transit. *L. non solum*, §. *tale*, *D. de lib. leg.* Tale autem est, cum factum stipulatione continetur. Ut si stipuletur quis sibi ire agere licere. §. *sed cum factum*, *Inst. de stipul. ser.* Unde eveniet, ut si quis idem stipulatus fuerit sibi, heredique suo Titio ire agere licere, hic stipulatio acquiratur Titio, cui nominatim cautum est, quia liceat heredi cavere etiam id, quod in persona defuncti consistere non potuit. *L. stipulatio ista*, 38. §. *si quis ita D. de verb. obl.* At non potest acquiri cæteris; quia neque testator his nominatim cavit, neque iure hereditario ad eos transire potest stipulatio defuncto quæsita, quia in facto personali fuerit & ipsa personalis. Quod genus ad heredes non transire diximus. Neque hoc ius mutat Iustiniani constitutio, qua cautum est, ut non minus ad heredem transeat stipulatio, quæ in faciendo est, quam quæ in dando. *L. veteris*, *C. de contr. stip.* Hoc enim non simpliciter constituit Iustinianus, sed his casibus duobus, si aut sibi simpliciter quis stipuletur, nulla facta heredum mentione, aut si stipuletur sibi & heredibus, sed heredibus ex æquo omnibus. Ex quo intelligimus, si quis stipuletur sibi quid fieri, & nominatim uni tantum ex heredibus ius antiquum esse, quod in hac specie mutatum non sit superiore constitutione: ut scilicet stipulatio ad cæteros heredes non transeat. Et merito; voluntas enim stipulatoris cum natura rei concurrens personalem fecit stipulationem, dum certis personis id factum voluit contineri. Hæc, ut dixi, strictim, ac velut summa sequens fastigia rerum. Cætera huc pertinentia ex commentario ad *d. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, peti possunt.

XV. Tertium genus eorum, quibus recta utiliter stipulari & cavere possumus, diximus esse eorum, quorum in rebus [7] administrationem, potestatemve aliquid geren-

tabb. inter heredes dividitur; nec potest valere pactum de constituenda obligatione *in unum heredum*, quia est contra 12. tabb. Aliter Bron. 1. *Ass.* 37. vid. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 15.

6) Nec coguntur coheredes suas partes, quas acceperunt, restituere heredi nominato Familiæ erciscundæ iudicio, quia solemnia requisita in ultima voluntate absunt; Gomez. *d. n.* 15.

7) Vid. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 5. A. Fab. 1. *Iurisp.* 12. *Princ.* 6. *Illat.* 33.

gerendi iure commissam habemus. Qui hanc potestatem habent, hi sunt: tutor, curator, actor civitatis seu syndicus, magistratus quibusdam in caussis, item procurator militis. De tutore, & curatore constat. Actoris civitatis seu syndici idem munus est. *L. ult. §. defensores, D. de mun.* Et his pro ea potestate cavendi ius est, & obligationis acquirendæ dominis ipsis quorum res administrant. De quibus ita traditur in *L. eum qui, §. si actori, D. de pec. const.* si actor civitati, tutor pupillo, curator adolescenti dari paciscatur, utilitatis gratia dandam municipibus, vel pupillo, vel adolescenti utilem actionem. Hoc ideo, quia isti dominis paciscentes sibi ipsis quodammodo pacisci & cavere intelliguntur. Sunt enim & ipsi pro dominis in rerum administratione, ut de tutore traditum est in *L. tutor qui tutelam, D. de adm. tutor. L. qui fundum, §. si tutor, D. pro empt.* Qua ratione fit, ut dominus domino cavere videatur, atque ita dominus sibi. Hoc autem maxime secundum regulam, qua licet unicuique sibi ipsi cavere. Et tamen quia tutor, curator, actor municipum domini non sunt re vera, sed tantum pro dominis habentur; eo fit, ut dum hi paciscuntur veris dominis, ipsi non veri domini: atque ita paciscuntur aliis personis, placet illis personis non acquiri directam actionem, sed tantum utilem, ut supra retulimus ex *d. L. eum qui, §. si actori, de pec. const.*

XVI. Eadem cura & administratio magistratui commissa est, sed in persona tantum pupilli, neque hæc passim, sed duabus tantum in caussis satisdationem apud magistratum pro pupillo exigentibus; cum pupillo tutor datur cum satisdatione, & cum pupillus arrogatur. In tutore dando magistratus est satisdationem exigere a tutore, quibus in caussis hanc ab eo præstari oportet. *L. 1. §. si magistratus, §. exigere, D. de magistrat. conven.* Hic curabit magistratus, ut quam tutissime interponatur, quo inde acquiratur pupillo actio. Itaque si pupillus præsens erit, & fari potest, intelligitque quod agitur, stipulabitur ipse sibi. Si res per eum transigi non potest, adhibebitur eius servus, qui domino stipulando, ipsi acquirat. Si nec pupillo servus erit, hic datum est magistratui, huius rei expediendæ caussa, ut possit pupillo cavere, vel per se, dum ipsemet stipulatur a tutore rem pupillo salvam fore, vel si ad dignitatem suam pertinere existimat, per alium, dum adhibet servum publicum; vel si videtur, quemvis alium liberum hominem, qui idem stipuletur pupillo, eritque ex ea stipulatione pupillo actio suo nomine quandoque finita tutela. Hæc in *L. 2. 3. 4. D. rem pup. salv. for.* Sed quod in cautione tutorum, & curatorum, idem in hac stipulatione per magistratum interposita, hoc receptum est, ut utilis tantum actio acquiratur pupillo, non directa. Nam & in hac caussa, magistratus pro domino est, non vere dominus. *d. L. 4. D. rem pup. salv. for.* In arrogatione impuberis similis quædam satisdatio magistratui, apud quem arrogatio peragitur, exigenda commissa est: cavet enim arrogator se, si impubes decesserit, restituturum ea, quæ ex bonis impuberis consecutus fuerit, illis ad quos res perventura esset, si arrogatus permansisset in suo statu. *L. non aliter, L. hac autem, D. de adopt.* Stipulationem hanc interponi curabit magistratus eodem modo, quo supra, ut si pupillus stipulari non potest, nec servum præsentem habet, qui stipuletur, magistratus, cui ea cura rescripto principis mandata est, aut stipuletur ipse, aut alium adhibeat, qui stipuletur iis, ad quos res impuberis perventura est. Unde & his actio utilis. *d. L. non aliter, D. de adopt.* Procurator militis favore militis in eadem caussa cum tutore habetur, ut scilicet stipulans aut paciscens militi domino suo, similiter ei utilem actionem acquirat. *L. si pecuniam, D. si cer. pet.*

XVII. Extra has [8] personas superioribus generibus comprehensas, ut nulli sunt, qui stipulantes pacisceentesve aliis, eadem persona cum his habeantur, ita placet nullos esse, qui stipulantes paciscentesve alteri, ei obligationem aut actionem ullam acquirant. De directa actione convenit inter omnes, hanc illi ex eiusmodi pactione non acquiri. De utili vulgo ambigitur, nec dubitant hanc multis in caussis admittere. Non recte. Quin ita statuemus, extra personas supra scriptas quæ stipulentur aliis, quisquis erit, qui stipuletur, nullam hinc actionem ne utilem quidem alteri acquiri. Satis id probant regulæ iuris de hac re traditæ, quibus in huiusmodi stipulationibus & pactionibus alias inutilem actum effici traditur, alias nihil agi. *L. quæcumque gerimus, D. de*

8) Tametsi 20. in universum huius regulæ exceptiones habeat Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. inter quas & illa n. 19. quod Ecclesiæ, pauperibus, & piis locis quivis stipulare possit, de quo & Tiraquellus non omnino admittens privilegium piæ caussæ 114. Sed si obligatio est, opinor, ea ex pollicitatione unius, etsi nemo stipuletur. Et aliæ exceptiones superstitione magis quam legum fundamentis aut certis rationibus nituntur.

D. de obl. & act. §. *si quis alii*, *Inst. de inut. stipul.* Non est inutilis pactio, si ei cui paciscimur, acquiritur inde actio saltem utilis. Quin potius utilis non minus, quam si inde directa competeret. Utraque enim actio ad id consequendum, quod volumus, eiusdem potestatis est, eumdemque habet effectum, ut est in *L. actio*, *D. de neg. gest.* Qua ratione recte dicetur ea pactione aliquid agi; atque adeo idem, quod directa actione inde constituta. Sed res fit evidentior exemplis propositis earum personarum, quæ propter coniunctionem inter ipsas iure constitutam videntur maxime præter cæteras aliis coniunctis acquirere non dico potuisse, sed debuisse. Nunc autem ita ius esse reperiemus, ut ex iis, a quibus propter istam coniunctionem summa ratio aliis acquirendi iure constituta est; nemo tamen alicui ex eiusmodi personis paciscendo stipulandove actionem acquirat vel utilem. Non acquirit procurator domino. *L. 1. C. per quas pers. L. eum qui*, §. *Iulianus*, iuncto §. *si actori*, *D. de const. pec.* Non [9] libertus patrono. *L. si ita stipulatus*, 126. §. *Chrysogonus*, *D. de verb. obl.* Non filia aut filius matri patrive, cuius non est in potestate. *L. inter*, §. *filia*, *D. fam. erc.* Non [10] mater filiæ. *L. pactum*, *C. de pact. con.* Non [11] pater filio. *L. si genero*, *C. de iur. dot. L. quod dicitur*, 86. *D. de verb. obl.* Quod si hi supra scriptis personis eo vinculo quod videmus, ita coniunctis ne utilem quidem actionem iis paciscendo acquirunt: dubitari non debet, quin multo minus hanc acquisiturus sit extraneus extraneo quavis pactione.

XVIII. Sed hoc ita est, si quis recta alteri dari, fieri stipuletur, paciscatur, in quam sententiam regulæ iuris superiores conceptæ sunt. Cæterum obliqua via interdum res eo deducitur, ne offendatur regula iuris, & nihilominus per consequentiam alteri conventione nostra obligatio & actio acquiratur. Hanc viam duplicem esse animadverto. Una est propria mutui: altera, quæ valeat in aliis caussis.

XIX. In mutuo hæc sententia iure recepta est, si nummos meos tuo nomine dem mutuos velut tuos, absente te & ignorante, acquiri tibi condictionem. *L. certi*, §. *si nummos*, *D. si cert. pet.* Quippe hic fit a me ab initio, quod per regulas iuris licet mihi facere: quo facto ad istam condictionem tibi acquirendam eodem iure permittente pervenitur. Nam primo cum do nummos meos alteri tuo nomine, hic iam ab initio videor [12] possessionem nummorum meorum in te transferre, dum constituo tuo nomine possidere. *L. quod meo*, *D. de acq. poss.* Hoc modo etiam per possessionem dominium nummorum in te transfero. *L. traditio*, §. *ult. D. de acq. rer. dom.* §. *ex his. Inst. per quas pers. nob. acq.* Hinc sequitur condictio tanquam ex mutuo, quæ tibi optimo iure acquiratur. Nam cum nummi tui facti sint, res ostendit perinde esse, quasi ipse per me nummos tuos mutuos dedisses. Quod si factum esset, nemo dubitaret, quin ex tua numeratione tibi acquireretur condictio. Idem igitur & in hac caussa fieri intelligendum est. Hoc vero maxime secundum regulas iuris. Sic enim non ego tibi acquiro, sed tu tibi mutuum per me dando. Quapropter si proprie loqui volumus, reperiemus in hac specie tibi per me ullam actionem non acquiri, sive spectemus, quod fit a me principaliter, sive id quod fit per consequentiam. Dum in eo, quod facio principaliter, tibi possessionem nummorum meorum acquiro, & per hanc dominium, non autem ullam actionem. In eo autem quod sequitur, ita tibi acquiritur condictio, ut eam facto tuo & numeratione tibi acquiras, non ego tibi. Qua ratione non male fit, si quis hic in hac specie exceptionem ullam superioris regulæ non agnoscat. Verumtamen quia hic condictionis tibi quæsitæ origo & caussa tibi a me illa datione mea nata est; non absurde dici potest

teſt

9) Ideoque nec vasallus domino, nec civis suæ civitati, licet quidam contra velint, eo quod patria sit maior parens: nec subditus etiam ratione iurisdictionis, Gœd. *de Contr. stip.* C. 10. *n.* 2. *& seqq.* Vasq. *d. C.* 18. *n.* 1.

10) Quam legem non de emancipatis loqui, sed de naturalibus, ante contractum matrimonium ex ea muliere conceptis, contendit Muret. *Obs. iuris* 6.

11) Diss. quoque Hot. 4. *Obs.* 8. Cuiac. 7. *ad Afr. ad L.* 23. *de dotal.* volens filio emancipato indistincte, sive factum, sive ius in eum conferatur, sive simpliciter, sive post mortem, sive ex caussa castrensis peculii, sive extra eam, posse per patrem parari actionem utilem, uti & per avum maternum nepti *L.* 45. *sol. matr.* & per patruum filio fratri, *L. cum quis* 37. §. 5. *de leg.* 3. per matrem filio *L.* 26. *pr. Depos.* Idque dare affectioni & voto parentum, ac qui illorum loco. Non itidem viceversa dari hoc affectioni liberorum, *L.* 59. § *ult. ad Treb. L.* 26. §. 4. *de pact. dotal.* Sed contrarium firmat A. Fab. 1. *Coniect.* 4. *&* 19. *Coniect.* 17. *&* 2. *seqq. &* 33. *Err. Prag.* 9. *&* 10. Minus autem fratri, quis aut amico stipulari poterit, licet dissentiat Tiraq. *de Pæn. temper. Ca.* 22. *n.* 14. *& seqq.* De quo vid. *C. præced. N.* 1.

12) Ita & noster ad *d. L.* 9. §. 8. *n.* 2. & ad *L.* 1. *C. Per quas Pers.* Idque Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 13. *seq.* non speciale esse scribit in mutuo, sed in quovis contractu, in quo intervenit numeratio per actum naturalem & corporeum *L.* 6. *C. de Cond. ind. & simil.* (de quo & Andr. ab Exea *Lib. Pastor. n.* 120.) Et *n.* 15. idem obtinere si nummi illius sint cuius nomine alter illos cedit, *L.* 4. *C. si cert. pet.* ubi licet videatur ratio dubitationis nulla, cum una tantum ratio videatur abnormis, in priori autem casu duæ, re tamen rectius perpensa non levem esse ostendit, quæ ex illo petenda. add. Andr. Clud. *de Condict. C.* 2. *n.* 35. *& seqq.*

teſt, his factis inter ſe coniunctis, meo ſcilicet dominium in te transferentis, & tuo per me mutuum velut dantis, videri tibi condictionem per me quæſitam. Sic tamen, ut obliqua illa via tibi acquirendi hic agnoſcatur, non illa recta, qua alteri ſtipulando aut paciſcendo ſola hac pactione noſtra illi acquirimus.

XX. Aliis in cauſſis obliqua ad acquirendam alteri actionem, via hæc eſt iure cognita, cum quis recta ſtipulatur paciſciturve ſibi dari, aut fieri, quo & ſibi eadem opera actionem acquirit ſecundum regulas iuris, ſed ſimul id agit, ut illud ipſum quod ſibi pactus erat, præſtetur alii. Quo [13] nomine interdum placet illi alii actionem dari: ſed ita, ut apud paciſcentem ſit in eam rem directa actio recto iure illi quæſita, quæ deinde ab eo transferatur ad alterum, cui cautum eſt, ut ſit apud eum non directa, ſed utilis.

XXI. Receptum hoc eſt aliter in ſtipulatione & pactione procuratoris ſibi paciſcentis; aliter in pactione extranei, qui procurator non ſit.

XXII. Procurator rem domini gerens ſi ſtipuletur quid ſibi dari, recte ſtipulatur, quia & ſibi directam actionem acquirit. *L. in cauſſæ*, *§. ult.* & *L. ſeq. D. de proc.* ſed placet interdum domino utilem actionem eo nomine dari adverſus promiſſorem, ſine alia aperta conventione procuratoris, tantum ideo quia hoc animo eſt, ut hanc actionem transferat ad dominum, cuius nomine & mandatu rem gerit. Non tamen paſſim id receptum, ſed tribus in cauſſis. Una, ſi ſtipuletur ſibi dari ex re domini; ut, ſi fundo domini vendito pretium ſtipuletur ſibi dari ab emptore. *L. quod procurator*, *D. de proc.* Huc pertinent exempla *L. in cauſſæ* [14] *§. ult.* cum *L. ſeq. D. de procur.* Altera, ſi præſente domino, rem eius gerens ſtipuletur, quanvis non ex re eius. *L.* [15] *ſi procuratori*, 79. *D. de verbor. obl.* Tertia, ſi res & utilitas [16] exigere videatur, ut detur domino actio utilis, quanvis procurator neque ex re domini, neque domino præſente ſtipulatus fuerit. *L. damni*, *§. ult. D. de damn. infect.* *L.* 5. *D. de præt. ſtipulat.* Res & utilitas id exigere videntur, ſi res domino aliter ſalva eſſe non poſſit, quam ſi detur ei utilis adverſus promiſſorem actio. Quod ſit, ſi procurator abſit peregre, ut non poſſit actionem, quam habet, domino cedere; aut præſens neget ſe cedere, & ſolvendo non ſit. Hæc actio iſta conditione recepta eſt; primum ex contractu inſtitoris, & data domino qui præpoſuit, adverſus eum, qui cum inſtitore contraxit. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. de inſtit. act.* poſt deinde huius exemplo tranſlata ad contractus procuratoris eadem iſta conditione, ut indicat *L. Iulianus*, *§. ſi procurator*, *D. de act. empt.* *d. L.* 5. *D. de præt. ſtipulat.*

XXIII. Alius extraneus ſi quid contrahat alterius nomine, hæc quidem prima via eſt, alteri inde utilem actionem acquirendi, ſi prius ipſe qui contrahit, ſibi actionem directam acquirat de eo præſtando, de quo inter contrahentes actum eſt, eamque actionem velit in alium transferri. Sed hæc conditio ſola non eſt ſatis. Amplius duo hæc exigimus; primum eius, qui alteri quæſitum vult, apertam conventionem de re illi alteri præſtanda; deinde cauſſam contrahendi eiuſmodi, in qua quis det rem ſuam, aut a ſe profectam, ea lege, ut qui accepit, alteri reſtituat. In hac vero cauſſa & pactione omni placet ei, qui ita dedit, actionem primo acquiri de re ſua repetenda, ſed hanc directam: ei autem extraneo cui convenit ut reſtitueretur, benignitatis cauſſa utilem. Cuius ſententiæ exempla hi loci ſuppeditabunt, *L. penult. C. ad exh.* *L. quoties*, *C. de donat. quæ ſub mod.* *L. ſi cum venderet*, *D. de pignor. act.* *L. pater*, *C. de pact. convent.* *L. Caius*, *D. ſol. matrim.* quorum exemplorum ſi quis ſententiam & rationem pluribus requirit, hanc commentarii noſtri de hac parte expedient; ad *d. L. ſtipulatio iſta*, 38. *§. alteri, de verbor. obligat.*

CAP.

13) Si autem alteri tantum ſtipuletur nec actio utilis. Requiritur enim ut ab initio ſtipulatio conſtiterit, ſaltem in perſona ſtipulantis. Ubi autem domino ſoli Procurator ſtipulatus, neque conſtitit unquam in perſona domini nec procuratoris. Don. noſter *ad L.* 1. *C. Per quas perſ. n.* 19. *& ſeqq.*

14) Ubi tamen *d. §. ult.* verſ. ult. *& licet &c.* Triboniano adſignat A. Fab. 12. *Coniect.* 4. & audacius totam eam *§. in rational. ad d. L.* 27.

15) Cuiac. quidem ad d. *L.* 79 *de V. O.* coniunctim requirit ot & domino præſente & ex re illius ſtipuletur: ſed interpretatio ea neque *d. L.* 79. neque *d. L.* 68. *de Proc.* convenit A. Fab. *ad d. L.* 68.

16) A. Fab. *ad d. L.* 68. excipit ſtipulationes prætorias, quæ interponuntur non tam ot novum ius acquiratur, quam ut vetus conſervetur. Rob. 2. *Rec. Lect.* 4. diſtinguit inter Procuratores veros, qui nec mandanti ſtipulari poſſunt *L.* 1. *C. Per quas perſ.* *L.* 11. *§. pen. de pig. act.* ex dicta regula *alteri ſtipulari non licet*. Nec aliter, ait, hi negocium gerere poſſunt, quam in ſuam perſonam id conferendo *L.* 5. *§.* 6. *de conſt. pec.* *L.* 1. *C. de ſent. & interloc.* nec obligatio aliter quam ceſſione in mandatum tranſit *L.* 8. *§. ult. Mand.* Et eos, per quos, quaſi internuncios ac miniſtros negotium ipſi gerimus, nudum illis miniſterium præbentibus, qui & Procuratores vocantur, licet minus proprie *L.* 43. *§.* 1. *de furt.* Ac per hos nobis acquiri poteſt obligatio *d. L.* 5. *§. ult.* *L.* 14. *§. ult. & L. ſeq. de pec. conſt.* *L. ſi inter* 21. *pr. de pig.* Vide & de obligatione per Procuratorem quæſita, Gomez. 2. *Reſol.* 11. *n.* 18. Pac. 2. *Q.* 35.

C A P. XVIII.

Stipulationem in alterius personam duas ad res utiliter conferri posse. Ad potestatem ei solvendi; & Ad actionem ei retinendam. Sed & eam, quæ ad acquirendam alteri actionem collata est, pœnali stipulatione subiecta, oblique confirmari posse.

Nexus, & continuatio. I.
Stipulatio collata in alterum, etsi in eo ut illi acquiritur inutilis: ad duas tamen res utilis esse potest; & quæ sint. II.
1. *Ad solutionem, si conceptio verborum facta disiunctim; ut mihi aut Titio dare spondes; secus si coniunctim facta: & quare.* III. V.
Varias de solutione quæstiones quo loco tractabit auctor. IV.
2. *Ad retentionem actionis, quam alioquin sine stipulatione nostra amissurus erat. Species illustris* ex L. 13. D. de pign. act. *proponitur.* VI.
Item pœnæ adiectione utilis stipulatio comparata alteri; & quomodo. VII.
Contrariis occurritur. VIII. IX.
Pœnalis stipulatio non ideo inutilis, quod inutili accedat; sed ita demum talis, si suo & proprio vitio laboret. Vitia huiusmodi tria, & quæ. X.
Interdum ex mente contrahentium pœna licet commissa non exigitur; & quo in casu, seu specie. XI.

I. His exceptis tum personis, tum caussis, manebit regula iuris certi, stipulatione aut conventione nostra alii obligationem aut actionem quæri non posse: neque principaliter, dum ei dari fierive recta paciscimur; neque per consequentiam, dum actionem contractu nostro prius nobis quæsitam volumus ad eum transferri.

II. Quid ergo omnis pactio & stipulatio in aliquem collata, quo ei detur quid aut fiat, erit inutilis? Non hoc eam significationem habet. Potest enim alio spectare conventio, quam ut acquiratur alteri. Quod sane regula superior non prohibet. Et quanvis simpliciter dictum sit, alteri stipulari neminem posse. *§. alteri, Instit. de inut. stipulat. L. stipulatio ista, §. alteri, D. de verbor. obligat.* meminisse tamen oportet, & in eo versata est superior tractatio, ita dictum esse, ut non liceat alteri stipulari, quo ei obligatio actiove acquiratur. Declarat id ratio superiori regulæ iisdem locis subiecta, dum ideo dicitur ita ius esse, quia inventæ sint stipulationes, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest, non alteri. Declarant regulæ iuris aliis verbis de eadem re traditæ: ut, eum dicitur neque stipulari, neque vendere, emere, contrahere, ut alter suo nomine agat, nos posse. *L. quæcumque gerimus, D. de oblig & act.* Item, cum dicitur per liberam personam quæ iuri nostro subiecta non sit, nobis obligationem aut actionem quæri non posse. *L. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, D. de verb. oblig.* Ita in summa huc omnes superiores sententiæ redeunt, ut declaretur nulli alii nos cavere stipulatione aut conventione nostra posse, quo alteri quid inde acquiratur. Quaproter dum conventione nostra non acquiratur alteri, quominus stipulatio vel pactio in alterum collata possit esse utilis, regulæ iuris supra scriptæ non sunt impedimento. Duas autem ad res potest spectare stipulatio & conventio in alterum collata, ut tamen inde nihil alii acquiratur; ad solutionem seu potestatem alteri solvendi, & ad actionem illi retinendam, quam sine pactione nostra erat amissurus. Ideo & ad has easdem res utilem conventionem esse placuit.

III. Extraneæ personæ seu alteri stipulando, solutio in eum conferri potest; id est solvendi illi potestas, dum stipulatione efficitur, ut quod stipulatori quis promiserat, possit solvere etiam illi extraneo. *§. plane, Inst. de inut. stipul.* Solutio in extraneam personam ita confertur, si ego mihi quid dari stipuler, & simul idem stipuler dari Titio [1] disiunctim, hoc modo: mihi aut Titio decem dare spondes? *d. §. plane.* Utilis stipulatio in utriusque persona. Primum in mea, quia mihi sum stipulatus dari. Quo facto & mihi in

[1] Nec refert adiectus priori, an posteriori loco referatur: Ut si dicam *Titio aut mihi*; quia alternativæ orationis natura parem in utroque vim constituit. Nec ordo scripturæ in stipulationibus tantopere attenditur, vid. Henr. Svenn. *rep. Lect. C.* 4.

hi in solida decem obligatio & actio quæsita est. Deinde in persona Titii, quia etsi non acquiritur ei obligatio, repugnante regula iuris, quæ vetat stipulari alteri, quo ei acquiratur: tamen est aliquid, quo usque utiliter progredi possit huius personæ adiectio; solutio videlicet, quæ in huius [2] persona recte consistat. Hæc enim adiectio hoc efficit, ut licet promissor Titio dare non cogatur, at certe volens possit illi dare, id est solvere quod vere mihi soli debebat, idque stipulatione ipsa hoc illi concedente. Sic fit, ut remota obligatione in persona adiecti, relinquatur solvendi illi potestas, quam in illum conferri regulæ iuris ut dixi, non prohibent. Hac enim solutione in illum collata, nihil propterea ei acquiritur, ac ne solutio quidem, quæ in illum confertur. Nam promissor hanc potestatem solvendi nactus solvet ei, si volet; si non vult, non [3] cogitur. Sed etsi sua sponte Titio solverit; tamen ne sic quidem Titio quidquam ex stipulatione acquiri recte dixerimus. Hæc enim solutio illi nata est, non ex stipulatione, sed ex sola voluntate promissoris, cui liberum erat ita non solvere.

IV. Hac potestate Titio solvendi recepta, multa circa eam quæsita sunt huc spectantia, quam longe pateat: ut, liceatne Titio solvere invito stipulatore; liceatne semper Titio; & utrum non tantum Titio, sed & eius heredibus. Sed locus ad solutionem & liberationem promissoris pertinet. De quo in argumento *de solutionibus & liberationibus* dicendum est.

V. Non item confertur hæc solutio in extraneam personam Titii, si stipuler [4] mihi, & Titio decem dari coniunctim. Nam dum ita stipulor, quoniam decem solida mihi soli non sum stipulatus, eadem summa pluribus attributa pro numero personarum divisa intelligitur; ut ita videar quinque mihi stipulatus, & Titio quinque. *L. cui fundus, D. de cond. & dem. L. reos, §. 1. D. de duob. reis.* Quæ res facit, ut stipulatio in mea persona valeat tantum quinque: in persona autem Titii in altera [5] quinque sit inutilis & ad obligationem, & ad solutionem. Ad obligationem, quia hanc alteri quærere non potui, neque hac stipulatione, neque superiore. Ad solutionem, quia non id agitur, ut illi præstentur quinque mihi debita, sed ut nova quinque illi dentur. Quæ cum neque mihi, neque illi prius debita fuerint, solutio in ea cadere non potest. Quæ caussa fuit veteribus istas species ita distinguendi. Exstat distinctio in *§. plane, & §. quod si quis, seq. Inst. de inut. stip. L. cum quis sibi, 55. L. eum qui ita, D. de verb. obl.*

VI. Sed & alteri stipulari aut pacisci utiliter possumus, quanvis in eum non conferamus solutionem, si id agitur pactione, non ut ei acquiramus actionem, sed ut eam quam prius habuit, quam eamdem facto nostro amittere potuit, illi integram servemus. Quod accidit in specie huiusmodi. Propone creditorem ius pignoris exsequentem pignus suum vendere: sed hac lege, ut si debitor retulerit pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam. In hac specie respondet Ulpianus hac pactione fieri, ut debitor quandoque pecuniam referens rem suam possit vindicare. *L. si cum venderet, D. de pign. act.* Recte. Neque regula iuris adversatur. Nihil enim hac pactione acquiritur debitori, sed quod prius erat eius, ipsi retinetur. Nam ante venditionem pignoris, dominus fuit pignoris, eoque, & suo iure vindicationem habuit. *L. actionum, D. de oblig. & act.* Hanc illi actionem, uti & dominium rei adimere potuit creditor pignus distrahendo. Et auferret omnino, si simpliciter venderet. Sic enim absolute dominium transferret ad emptorem. *L. non est novum, D. de acquir. rer. domin.* Nunc autem creditor in ista distractione supo-

2) Quia hæc adiectio est personalissima, inqoit Vult. in §. 4. *I. de inut. stip. n.* 4. Facta enim non transeunt ad heredes, Curt. 2. *Coniect. ad Fr.* 3. & Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 10. addens quod adiectus æquiparetur mandatario. Mandatom vero morte finitur.

3) Unde firmiter infertur verba illa, quæ instrumentis fere inseri solent: eive qui hanc syngrapham feret, si ex iuris ratione magis quam ex opinionibus & uso iudiciorum res æstimanda, noo proficere illi tertio, qui ipse non contraxit; si syngrapham consequutus fuerit, ad hoc ut actione experiri & debitum exigere possit, non probata cessione actionis: sed tantum ut sponte illi solvens liberetur obligatione. Quia nec quidquam amplius vel expressa designatio ac nominatio, iuris ratione inspecta, operaretur. Usu tamen probatum est ex illis verbis, quemvis agere posse, Cur. 1. *Coniect. ad Fre.* 5. ac si instrumentum sit exsecutivum, possessori illius, omnia remedia, ipsi creditori prodita, parata esse, licet nec de titulo, nec de bona fide ipsius edoceatur, tradit Coler. *de Proc. exsec. P.* 2. *C.* 2. *n.* 63. *& seqq.*

4) Coniunctio facit nos pares, disiunctio dispares. Solutioni potest applicari Titius quasi Procurator, non obligationi, quia nec agere, nec novare, nec acceptum ferre, nec fideicommissum pignusve accipere, nec ei nomine soo constitui potest, &c. Cuiac. 7. *ad Afric. in L.* 38. *pr. de solut.* vid. *infra Lib.* 16. *C.* 10.

5) Secus si ita: Mihi decem & Titio decem. Tunc enim eadem decem repetita, *L.* 38. §. 19. *de V. O.* non quod tunc sola quinque stipulanti debeantur, ut Cuiacius *ibid.* Sed ut Donellus noster *ibid.* ut promissori potestas sit solvendi illa decem Titio, & per id se liberandi, ut oon necesse sit, cum Corasio & Charonda *ibid.* & Hot. 1. *Amic.* 24. alteram voculam *decem* delere.

ſuperiorem pactionem adiecit, ne a debitore dominium & vindicatio aliter recedat, quam ſi pretium non ſolvat emptori. Ita non acquiritur ei iſta pactione vindicatio, ſed non adimitur. Hoc vero quominus facere liceat, regula iuris non prohibet; quandoquidem alteri acquiri vetat, nihil amplius.

VII. Sed etſi cum de acquirendo alteri agitur, manet immota regula iuris, extra perſonas & cauſſas exceptas ſuperiores, alteri pactione ulla noſtra obligationem aut actionem quæri non poſſe: tamen quoniam ſæpe & varie iuſtis de cauſſis accidit, ut alteri a nobis caveri ad voluntatem & affectionem noſtram pertineat, nonnunquam & ad utilitatem, quam ſatis probare non poſſumus; etiam in hanc partem inventa eſt a veteribus Iuriſconſultis cautio, quæ ei incommodo mederetur, efficeretque ut quod iure conſequi non poſſumus, ad id alia via perveniretur. Hæc cautio eſt in pœnæ adiectione, ut cum ſtipulati erimus alteri dari quanvis recta; tum deinde ſi ita factum non erit, ut comprehenſum eſt, ſtipulemur pœnam. Hac ſtipulatione ſic conſequemur, ut detur aut fiat actori, quod illi ſtipulati fuimus. Nam ſi valet pœnæ ſtipulatio, non quidem propterea acquiretur alteri ulla actio eius perſequendi nomine, quod in ſtipulationem utramque deductum eſt: ſed promiſſor metuet pœnam, ſi non dederit aut fecerit alteri, quod promiſerat. Huius incommodi metu non eſt dubium, quin ſi ſibi conſultum volet, malit omnino priori ſtipulationi parere. Quod ſi non facit, manebit pœna, quam utiliter exigamus. Hæc cautio eſt in *d. L. ſtipulatio iſta*, *§. alteri*, *de verb. obl. §. alteri*, *Inſt. de inut. ſtip.*

VIII. Diceret aliquis, inutilem eſſe hanc ſtipulationem pœnæ. Quid enim, ſi nihil intereſt noſtra alteri dari aut fieri? An non eſt contra finem omnium conventionum hinc actionem eſſe, ad pœnam petendum, cum conſtet inventas eſſe ſtipulationes ut unuſquiſque acquirat, quod ſua intereſt? Et vero alteri dari aut fieri nihil intereſſe noſtra iiſdem locis traditur. Quid ſi etiam triplo aut quadruplo plus comprehenſum ſit pœnæ ſtipulatione, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit? An non ius manifeſtum ſtipulationi obſtabit, quod vetat promiſſorum ultra duplum periculum ſubire. *L. cum & forte*, *D. de act. empt. L. unica*, *C. de ſent. quæ pro eo quod inter*. Et Ulpianus *ibidem* utrique iſti dubitationi occurrens, ratione ſubiecta, oſtendit nihil iſtorum obſtare, quominus in hac ſpecie pœnam utiliter ſtipulemur. *Pœnam enim*, inquit, *cum ſtipulatur quis*, *non illud inſpicitur*, *quid interſit*, *ſed quæ ſit quantitas*, *quæque conditio ſtipulationis*. Bene ait conditionem hic inſpici, ut ſignificet, promiſſore alteri non dante aut faciente, quod promiſit, iure certo effici, ut pœna promiſſa committatur, quanvis ſtipulantis non interſit. Quodcumque enim promittitur ſub conditione, in ea cauſſa eſt, ut conditione exſiſtente debeatur. *L. a Titio*, 108. *D. de verb. obl.* Pœna autem promittitur ſub conditione, non ſi interſit ſtipulantis, ſed ſi promiſſor non dederit aut fecerit alteri, quod ſe illi daturum facturumve promiſit. Quare dum extiterit hæc conditio, ſolum hoc inſpici oportet, nec quidquam quærendum amplius ad pœnæ obligationem. Quod ait in pœna inſpici, quæ ſit, *conditione exſiſtente*, quantitas ſtipulationis, huc ſpectat, ut intelligatur quantacumque hæc promiſſa ſit, ſi factum non ſit, quod priore ſtipulatione comprehenſum eſt, tantum deberi. Neque hic adverſantur eæ leges, quæ vetant duplum eius quod intereſt, conventione excedi. Quantumcumque eſt enim in pœnali ſtipulatione, quod promittitur, id ſimplum eſt per ſe conſiſtens, non duplum, triplum aut quadruplum alterius rei; cum ad id quod intereſt, aut alterum ſimplum pœnæ quantitas non referatur, ut docui in *Lib. de eo quod intereſt*, circa fin. Illud notandum eſt, quod dicitur in pœna non illud inſpici, quid interſit ſtipulantis, ſic accipiendum eſſe, quid interſit ſtipulantis dari aut fieri alteri. Cæterum ut interſit eius, pœnam promitti, etiam in pœna, ut in reliquis ſtipulationibus, exigimus. Sunt enim ſtipulationes omnes in hoc inventæ, ut acquirat quiſque, quod ſua intereſt. *d. §. alteri*. Id autem fit in pœna hoc ipſo, quod quis pœnam ſibi ſtipulatur, non alteri. Sic enim hanc ſibi acquirit, & hactenus ſtipulatio illi eſt utilis.

IX. Sed ut bene ſe habeant cætera, tamen ſtipulationem pœnalem reiicere videtur ſola inutilitas prioris ſtipulationis, cui ſubiicitur. Primum cum principalis cauſſa non conſiſtit, placet nec conſiſtere acceſſiones. *L. cum principalis*, *D. de reg. iur. §. fideiuſſores*, *Inſt. de fid.* Pœnalis autem ſtipulatio præcedenti ſubiecta, illius prioris acceſſio videtur. Quo fit, ut priore inutili conſtituta, non conſiſtere poſſit pœnalis. Quod ſi hoc cuiquam incertius eſt, quia dictum generalius; licet in ſpecie ipſa ſimilium ſtipulationum aperte

te ita ius esse ostendere: ut quemadmodum ipsæ inutiles sunt, sic & stipulatio his subiecta sit inutilis. Stipulatio impossibilis inutilis est, veluti hominem mortuum dabis? Huic subiectam stipulationem pœnæ, si eum non dederis, placet eodem modo esse inutilem. *L. si homo*, 69. *D. de verb. obl.* Similiter inutilis stipulatio, quæ est turpis. Et huic subiecta pœnalis stipulatio inutilis. *L. stipulatio hoc modo concepta*, 61. *D. eod.* Quis dubitet igitur & huic stipulationi, Titio dabis, facies? subiectam pœnalem stipulationem, quia inutili subiecta est, & ipsam necesse esse inutilem? Sed nihil horum movere nos debet. Nam quod ad regulam iuris attinet, quæ est de caussa principali, nihil hæc ad pœnam pertinet: quoniam pœnalis stipulatio non est [6] accessio prioris stipulationis. Argumento est, quod per se consistere potest huiusmodi stipulatio, si Titio non dederis, feceris, decem dabis? *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verb. obl.* Quæ per se valere potest stipulatio, ea non est omnino accessio ullius præcedentis. Nunquam enim accessoria obligatio esse potest sine principali. Exemplo est obligatio fideiussoria. *§. fideiussores, Inst. de fid.* Exempla autem superiorum caussarum longe sunt dissimilia. Non enim in his stipulatio pœnalis inutili subiecta ideo inutilis est, quia prior erat inutilis; sed quia pœnalis eodem vitio in sese laborabat. Impossibili enim subiecta & ipsa est impossibilis, ut ostendi ad *d. L. si homo*, 69. *de verb. obl.* Subiecta stipulationi turpi ipsa quoque est turpis, utpote delicti invitandi caussa subiecta. *d. L. stipulatio hoc modo*, 61. *D. eod.* Quod longe aliter fit, cum prius stipulor alteri quid dari aut fieri; & nisi dederis, feceris, stipulor pœnam. Nam illic stipulor alteri; in pœna stipulor mihi. Quæ res facit, ut hic priore vitio remoto contraria de caussa utilis esse debeat stipulatio.

X. Et generaliter de vi pœnalis stipulationis ita definiemus, nunquam stipulationem pœnalem præcedenti subiectam ideo inutilem esse, quia forte præcedens sit inutilis: sed tunc solum, cum ipsa per se proprio aliquo vitio & conditione sua laborabit. Quodcumque autem impedimentum id erit, inutilem fore stipulationem etiam si præcedens sit utilis. Tria sunt autem vitia in summa, quæ incurrere soleant interdum in stipulationem pœnalem, quæ & ipsa inutilem stipulationem efficiant. Primum illud, si sit impossibilis. Quod fit, cum impossibili conventioni subiecta est, ut ante dixi. *d. L. si homo, de verb. obl.* Secundum, si sit turpis. Quod fit, cum subiicitur & ipsa turpi stipulationi, de quo & ante ostendi. *d. L. stipulatio hoc modo, D. eod.* Tertium, si utili obligationi pecuniæ dandæ subiecta sit ultra modum legitimum usurarum. Utputa, convenit, ut ad diem pretium solveretur venditori, quod si ad eum diem non solveretur, convenit, ut duplum præstaretur. Placet inutilem esse hanc conventionem pœnæ. In fraudem enim constitutionum videri adiectam, quod legitimam usuram excederet. *L. Iulianus, §. ibidem, D. de act. empt.*

XI. Interdum & tacita conventione contrahentium fit, ne pœna quamvis summo iure commissa possit tamen exigi. Quod accidit, cum certum est nihil interesse stipulantis, atque adeo natura rei nihil interesse posse, ne ad affectionem quidem factum esse id, quod promissum erat. Ut, si stipulatus sim te sisti iudicio certo die, & nisi stitisses, pœnam: tu autem non stiteris. Placet si post tres pluresve dies te sistas, & tecum agendi potestatem facias, nec meum ius acturi factum sit deterius: pœnam quidem ipso iure commissam, sed si petam, defendi te debere per exceptionem. *L. etsi post tres, D. si quis caut.* Scilicet quia apparet cautionem sistendi tui eo spectasse, non ut te viderem in iudicio tantum, sed ut tecum possem iudicio agere. Quare si licet post aliquot dies te sistente idem sine ullo damno facere, perspicuum est tacite id agi, ne quid præstes amplius. De quo scripsi in *Libro, de eo quod interest*, circa fin.

[6] Hopper. *Lib. 3. νομικῶν pag.* 100. ita: Quando Lex prohibet, subiecta stipulatio pœnalis habet conditionem legibus improbatam & sic impossibilem. Hic autem non est conditio impossibilis, sed extra potestatem contrahentium. Non est contra legem, sed præter legem, quæ non vetat alteri stipulari, sed declarat secundum naturam fieri non posse, ut quis alteri obligationem acquirat. Sed Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 33. *& seq.* ita: Toties vitiata principali obligatione, non valet pœnalis, quoties quæ ratio in illa prohibenda vertitur, eadem in hac ut in *L. 61. de V. O.* Sed hic non est eadem ratio, verum ratio illius quod alteri dari mea non intersit cessat in pœnali, qua agitur, ut mihi detur, tantumque interest, quanta est pœna. Sane in effectu hic unica est stipulatio, in solius stipulatoris persona consistens. Prior enim est posterioris conditio ut hæc ex illius eventu confirmetur, Gœd. *de Contr. stip. C.* 10. *Concl.* 3. *n.* 40. Quid si iuramentum stipulationi alteri factæ accesserit? Confirmari eam volunt Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 16. Pantschman. *Lib.* 1. *Q.* 10. *n.* 61. Covar. *in C. quamvis de pact. in 6. P. 2. Relect. §. 4. n.* 17. Fachin. 3. *Contr.* 19. Sester. *Lib. 2. de Iuram. C.* 13. quia iuramenti non minor efficacia quam pœnæ adiectæ; quia naturalis obligatio hic adest (quod negandum, vid. *supra C. 16. N.* 1.) quia valet favore piæ caussæ; quia ius civile non reprobat huiusmodi stipulationem, sed tantum non adsistit, seu efficaciam denegat. Quia Deus, cui præstatur iuramentum, partis præsentiam supplet. Quibus ego rationibus minime moveor.

& ad *L. si servum*, 91. *§. sequitur*, *numero* 12. in fin. *D. de verbor. obl.* Idem licet animadvertere in specie. *L.* 2. *§. ult. D. de verb. obl.* ubi & annotavi.

CAP. XIX.

Ut a stipulatore stipulari alteri, quo ei acquiratur, inutile est: ita a promissore alium daturum facturumve inutiliter promitti. Sed huic vitio pœnali stipulatione, si alius non det aut faciat, subiecta occurri posse.

Præcipua altera lex in omni conventione promittenti imposita quæ. I.
Spondens pro altero daturum eum facturumve, non obligatur. Contrariis occurritur. II. III.
Ne in eo quidem, ut promittat curaturum se, ut alter quid det aut faciat. Obiecta diluuntur. IV.
Nisi tamen qui alienum promittere videtur, factum potius suum promittat ex proposito contrahentium: cuiusmodi duplex stipulatio, seu promissio. V.
1. *Dominum rem ratam habiturum. Utilis hæc procuratoris stipulatio; & quatenus.* VI.
2. *Qua quis creditori constituit alium pro se fideiussurum. Huius stipulationis interpretatio duplex. Utilis utroque sensu; & altero etiam superiori regulæ consentanea.* VII. VIII.
Stipulanti inutiliter alienum factum adiectione pœnæ cavetur adversus promissorem. IX.

I. Atque hæc de priore lege dicta sunt, quam in fine conventionis & contractus omnis ius statuit stipulanti, seu creditori futuro; estque hæc, sibi stipulari & pacisci licere: alteri quo ei acquiratur, non licere. Altera lex ad finem contractus pertinens attingit promissorem. Hanc autem esse diximus, si quis quid promittit, eum de se promittere debere daturum se facturumve: idem promittere de alio non posse. De quo hæ sunt sententiæ iuris certi: si quis alium daturum facturumve id promiserit, eum non obligari. *§. si quis alium*, *Instit. de inut. stipulat.* Et, factum alienum inutiliter promitti. *L. stipulatio ista*, *§. 1. D. de verbor. obligation. L. sicut*, *D. de fid.*

II. Sed videbitur fortasse potius convenire regulis iuris, ut dicamus eum qui factum alienum promisit, obligari debuisse. Nam de iis, quæ promittuntur, hæc item iuris certi constitutio est: omnia quæ dari fierive possunt, utiliter in stipulatum, & conventionem deduci. *L. si stipulor*, 35. *D. de verbor. obligat.* At ut alius det aut faciat, quod eum daturum facturumve promisimus, eiusmodi est, ut facere & præstare per rerum naturam possimus. Exempli gratia: Si promiserim fabrum illum insulam tibi ædificaturum certo loco, possum operas eius conducere mercede, atque hoc modo consequi, ut tibi ædificet. Sed etsi promiserim Titium tibi daturum fundum Cornelianum: possum a Titio fundum illum redimere, atque ita efficere, ut fundum tibi det. Consequens erat igitur superiori constitutioni, utrumque horum utiliter a me promitti, quod in ea caussa est, ut possit a me præstari. Sed quod dicitur, quæ dari fierive possunt, utiliter in conventionem deduci, sic intelligendum est, si nihil aliud impediat, quam conditio rei promissæ. Nam si aliud impedit, æque inutilis stipulatio & conventio est, quæcumque res sit promissa. Hoc posito, de facto alieno respondeo, ac concedo, hoc promisso, non debere videri rem promittenti impossibilem promissam esse, ut [1] vulgo ad superiorem obiectionem removendam huius inutilitatis ratio redditur. Satis enim exempla superiora indicant, ut alius det aut faciat, a nobis aliquo modo obtineri posse. Sed cum hoc concessum fuerit, est aliud, quod obstet alieni facti promissioni. Sine quo eum regula superior incidat in reprehensionem, non abs re est, quod eius iuris ratio quæritur.

III. Ea autem est, quæ redditur a Paulo in *L. inter*, D. de verb. obl. *Alius pro alio promittens*, inquit, *daturum facturumve eum, non obligatur: quia inter*

[1]) Gomez. 2. *Resol.* 10, *n.* 23. quem taxat ibid. Eman. Soarez. *in Annot. N.* 18.

ter stipulantem & promittentem negotium contrahitur. Unde intelligitur alterutrum ex his obligari debere, si negotium, idest obligationem contractam volumus. De stipulatore certum est non esse eum, qui obligetur, cum id agatur contra, ut ipse alium sibi obliget. Relinquitur igitur promissorem esse eum, quem obligari oporteat, qui remoto stipulatore solus est, cum quo negotium geritur. Atque hinc rursum sequitur ipsum de se promittere debere, non autem alium daturum facturumve. Nam inquit (quæ eius assumptio esse debuerat) ut quis obligetur, de se quemque promittere oportet. Vera & certa ratio; sed quæ fiet certior, faciliusque se nobis probabit, si paulo pluribus explicata proposita fuerit, hoc modo. Omnis stipulatio & conventio dandi præstandive aliquid inutilis est, ex qua nemo obligetur: cum fini comparatæ omnes, ut aliquem nobis obligent. *Instit. de verb. obl.* At cum quis promittit alium daturum facturumve, his verbis nemo obligatur. Necesse est igitur omnem huiusmodi stipulationem & conventionem esse inutilem. Neminem obligari, cum quis alium daturum facturumve promittit, ita demonstratur. Aut enim hac promissione volumus alium obligari, aut eum qui promittit. Alium hac promissione promissor non obligat, quia alium contractu & facto suo obligare non potuit. *L.* 3. in fi. *C. ne ux. pro mar.* Nemo enim ullo facto suo potest conditionem alterius facere deteriorem. *L. solvendo, D. de neg. gest.* Rursum se hac promissione non obligat promissor, quia obligare se [z] noluit. Non enim promittit se daturum. Nullus autem contractus, nulla inde obligatio sine conventione & consensu. *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.* Sed etsi quis eum velle obligari proponeret: tamen ideo his verbis non obligaretur stipulatione, quia verbis non cavit. Nulla autem stipulatio, nisi de re verbis comprehensa. *L. quidquid*, 99. *D. de verb. obl.* Et in summa, qui alium daturum facturumve promittit, alium non obligat prohibente iure: se non obligat, cessante voluntate, ut in simili re dicitur in *L. si genero*, *C. de iur. dot.* Quod si nemo hac conventione atque his verbis obligatur neque promissor ipse neque alius: redimus necessario ad superiorem complexionem, inutilem esse nimirum eam omnem conventionem. Neque hoc aliter probatum est a veteribus in his stipulationibus: alium sisti promittis, de qua in *L. quoties quis*, 81. *D. de verb. obl.* &, mihi rem emptam habere licere spondes, de qua in *L. stipulatio ista*, 38. *D. eod.* Etsi enim verbis prioris hoc promittitur fore, ut aliquis illum alium sistat, sive is promissor est, sive extraneus, sive ipse de quo sistendo agitur: etsi item verbis posterioris hoc continetur, mihi habere licere non tantum per te, heredemve tuum, sed etiam per omnes quanvis extraneos: tamen ad vim stipulationis hoc respondetur, quatenus promissor de se & facto suo spondet, stipulationem valere; quatenus spondet de alio, esse inutilem. Quæ Ulpiani disputatio est in *d. L. stipulatio ista*, in pr. & §. 1.

IV. Hic tamen ex diffidentibus in speciem locis oritur plerisque dubitatio, an non is qui promittit alium daturum facturumve, saltem obligetur, ut curet, quo ille det aut faciat: quasi videatur promissor superioribus verbis promisisse se hoc curaturum; ut si cura sua id obtinere potest, id præstet; si non præstet, hic demum non teneatur; quia impossibilium nulla sit obligatio. *L. impossibilium, D. de reg. iur.* Sed si recte definitur, eum qui alium daturum facturumve promittit, non obligari; item factum alienum promitti inutiliter, quibus verbis in hac re explicanda regulæ veterum conceptæ sunt: *d. §. si quis alium, Instit. de inut. stip. d. L. sicut. D. de fideiuss. d. L. stipulatio ista, §.* 1. *de verbor. obl.* planum fit, eum qui alienum factum promittit, nec promittere se curaturum, ut id fiat, nec ad eam rem obligari. Alioqui & promitteret factum suum, & promitteret utiliter, & obligaretur. Ut de eo qui promisit aperte se curaturum, ut alius det, diserte scriptum est in *d. §. si quis alium, Inst. de inut. stip. L. illa*. 67. *§.* 1. *D. de verb. obl.* Moventur nonnulli in contrariam sententiam *L. in illa*, 50. *D. eod.* ubi in hac stipulatione, *per te non fieri*, quominus mihi ire agere per fundum tuum liceat, placet non hoc significari tantum, nihil te facturum, quominus possis: sed etiam curaturum, ut facere possis. Sed certus error est, si quis in hac stipulatione *per te non fieri*, putat promitti factum alienum. Promissor promittit suum; nempe per se non futurum, quominus mihi ire agere liceat. Tantum quid his verbis contineatur, quæritur. Ulpianus ait his etiam illud significari,

z) Cuiac. 12. *Obs.* 36. Si nihil de se aliquis promittat, iam non negocium cum eo gerimus, ideoque quasi ex negotio cum eo non contracto nulla adversus eum obligatio. Hinc apud Homer. *Odyss.* 8. Vulcanus Neptuno, promittenti Martem præstiturum quod deberet, non acquievit, vid. Gœd. *de Contr. stip.* C. 6. *Concl.* 16.

cari, promissorem curaturum, ne alius me prohibeat. Recte ex verborum usu & proprietate. Nam per te non fieri, nihil aliud est veteribus, quam in te culpam non futuram, vel culpa tua factum non iri, quominus mihi liceat id, de quo cautum est. Ut cum dicitur per debitorem fieri, vel stare, quominus rem promissam det, quæ verba sunt usitata veteribus, ut in *L. si ex legati.* 23. *D. de verb. obl. L. quod te, D. si cert. pet.* nihil aliud significant veteres, quam culpa, aut mora debitoris fieri, quominus det. *L. si servum*, 91. *§. sequitur, D. de verb. obl. L. is qui, D. de obl. & act.* Iam vero culpa promissoris in proposita specie non tantum est, si ipse me impediat quominus eam agam: sed etiam si alios qui me impediunt, non prohibeat, si potest. *arg. L. nullum, D. de reg. iur.* Quare & hos quoque se quoad potest, prohibiturum, id est ubique factum suum promisisse intelligitur. Quod si qui sint, qui mihi obstent, quos ille prohibere non possit, quia extra culpam est, ideo placet nec eum eo nomine teneri; quia nec de his quidquam promiserit. *L. fluminum, §. quanquam, D. de dam. inf.* Quæ si ita sunt, rata est in omnes partes lex superior, si quis quid promittit, eum de se promittere debere: alium daturum facturumve si promittat, nullam hinc esse obligationem, ubi nec alius obligetur, quia non potest; nec promissor, quia non vult.

V. Quod tamen sic accipiendum est, nisi aliunde constet hoc sentire atque hoc agere contrahentes, ut sub alieni facti promissione promissor de suo promittere intelligatur. Quod in his duabus promissionibus receptum est, in stipulatione, rem ratam dominum habiturum, quam procurator alieno nomine agens cogitur initio exponere, cum de mandato domini non constat: & cum quis constituit Titium pro se fideiussurum apud creditorem.

VI. Qui promittit dominum rem ratam habiturum, aperte promittit alium facturum. Recepta tamen hæc stipulatio est citra controversiam, atque adeo inducta est edicto prætoris, quod extat in *L. servum, §. ult. D. de proc.* ex qua & promissorem obligari placet in id quod stipulantis interest. *L. si commissa. L. si procurator, D. rem rat. hab.* Nempe ideo quod cum sit prætoria, *d. L. servum, §. ult. de proc. L. 1. D. de præt. stip.* legem & interpretationem accipit de mente prætoris, qui eam proposuit, ut & reliquæ prætoriæ. *L. in conventionalibus*, 52. *D. de verb. obl.* Certum est autem mentem hanc esse prætoris in ea stipulatione proponenda, ut sit utilis: neque id fit aliter, quam si id agatur, ut domino ratum non habente procurator præstet id, quod stipulantis interest. Quare etiam in hanc partem stipulationem valere oportet.

VII. Similiter & qui constituit creditori certam personam fideiussuram pro se, his verbis alium facturum constituit. In hoc tamen constituto scriptum est in *L. qui autem, §. sed et si quis, D. de pec. const.* debitorem nihilominus teneri. Hoc ideo, quod debitor de certa persona pro se fideiussura cavens creditori, verbis factum illius personæ, re autem vera promittit suum. Intelligitur enim hoc dicere, illam personam se daturum, quæ pro se fideiubeat. Hæc mens & sententia contrahentium liquet ex iis, quæ aguntur in hac fideiussione. Scimus enim debitorem de fideiussore pollicentem non id agere, ut alius fideiubeat, sed ut ipse det fideiussorem. Idque ipsum & creditor postulat, qui sibi cautum vult, fideiussore dato. Atque hæ præfationes sunt, quæ agitari solent priusquam ad superius constitutum veniatur. Quapropter & ad hanc cogitationem constitutum sequens referendum est, & ex præfationibus interpretandum. Omninoque huc pertinet, quod placuit quæ in præfationibus concipiuntur, etiam in stipulationibus sequentibus repetita credi. *L. Titia*, 134. *§. 1. D. de verb. obl.*

VIII. Dici etiam potest, & fortasse tutius & verius, ne hanc quidem stipulationem posteriorem excipi debere, magisque esse, ut pariter non valeat, quia conceptione ipsa factum alienum continet, iuxta *L. sicut, inf. de fideiussor.* Nec contrarium probari in *L. qui autem, §. sed et si, sup. de pec. const.* Sic enim illic Ulpiani verba sunt: *sed & si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit.* Quæ verba fateor sic accipi posse, quasi dixisset, si quis constituerit fore, ut pro se certa persona fideiuberet his verbis: ille pro me fideiubebit, idque eum ita facturum tibi constituo. Sed possunt sic quoque accipi, quasi dixisset, si quis constituerit certam personam se daturum pro se fideiussuram, idest quæ pro se fideiussura sit, seu quæ pro se fideiubeat. Hoc vero accipi & usui iuris auctorum, & menti Ulpiani est convenientius. Primum sic usus est loquendi veteribus in toto argumento *de pecunia constituta*, ut dicant aliquem vel pecuniam, vel quid aliud constituisse, pro eo quod est, constituisse aliquem se pecuniam, vel quid aliud daturum, soluturum. *L. 1. §. 1. §. an potest, §. ult.*

§. ult. L. 3. *§.* 1. *L. hactenus*, *§.* 1. *L. sed etsi*, seq. & passim. *sup. de pec. const.* atque hi loci quos indicavi, fere omnes sunt Ulpiani. Nihil alienum fecit ille a consuetudine cæterorum & sua, si dixit aliquem constituere certam personam se daturum fideiussuram. Tum autem hoc illi sic accipi, instituto eius & præcedentibus plane convenit. Prius enim quæsierat, an constitutum valeat: si quis constituerit se pignus daturum, admiserat valere. Cum de fideiussore continenter subiicit: consentaneum est hoc idem eum, & de fideiussore statuere eadem conditione, si quis constituerit se certam personam fideiussuram daturum. Et certe pares casus eum coniungere declarat coniunctio subiecta his verbis: *sed etsi quis certam personam constituerit*. Hoc enim idem valet ac si diceret: si quis constituerit se pignus daturum; obligatur. Idem dicendum est, & si quis certam personam fideiussuram, idest fideiussorem se daturum constituerit. Nisi quis putat Ulpianum eo loco de fideiussoris constituto dubitare propter conceptionem eius constituti, eo quod quis constituisset alium facturum. Quod non ita est. Ideo enim dubitatur de eo constituto, quia qui constituit se fideiussorem daturum, aliud videtur constituere, quam quod debetur, similiter ut cum constituit se pignus daturum. Quod repugnante edicto fieri videtur. *L.* 1. *§.* 1. *L. hactenus*, sup. *de pec. constit.* Hoc sensu nihil proponitur ex *d. L. qui autem*, *§. sed etsi quis*, *de pec. const.* cur in ea specie, quam posteriorem posuimus, a regula iuris recedatur. Mihi vero re paulo accuratius expensa, & locum ita accipiendum esse; & propterea ne in ea quidem specie a regula iuris discedendum, probabilius videtur & melius.

IX. Hactenus de iure ipsius promissionis dictum est, cum hoc disseruimus inutilem esse promissionem, si quis alium daturum facturumve promittat. Ita est, iure hoc promittitur inutiliter, ubi nemo ad id præstandum obligatur. Cæterum si longius progredi volumus, in promptu cautio est, qua nobis in eum eventum prospiciatur, si ille alius non det aut faciat id, de quo cautum erat. Licet enim a promissore stipulari 3 pœnam, aut quod nostra interest, si id ille alius ita non dederit, aut fecerit. Quod si promittit, & utilis stipulatio est ista sequens, in qua promissor promittit non iam alium daturum, sed se: & id consequor, quod volebam: quoniam nec consequor aliud, si priore stipulatione obligatus esset promissor, aut ille alius, quem daturum facturumve spopondit. Hæc cautio est in *d. L. stipulatio ista*, 38. *§.* 1. *de verb. obl.*

CAP.

3) Quæ committitur, etsi promissori nulla culpa cur ab alio factum sit vel non, imputari possit, Gœd. *ad L.* 69. *de V. S. n.* 5. imo & si serio ac modis omnibus conatus est ut fieret ab illo, de quo promisit, vid. Pachin 3. *Contr.* 20. Sed num adiectio iurisiurandi firmat promissionem facti alieni? Quidam putant, ac committi obligationem ad id quod interest scribunt Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 23. contra Eman. Soarez. *in Annot ibi. N.* 19. quia hic iusiurandum in promittente maiorem temeritatem arguit, ideoque nec fortiori vinculo illum obstringit: add. Ierem. Seiler. *Lib* 1. *de Iuram. C.* 17. *n.* 31. Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *n.* 203, *&* 2. *seqq.*

C A P. X X.

In stipulationem & conventionem omnem ad obligandum alium comparatam deduci aut res aut facta. De rebus: & quæ quibus de caussis, quibusve in contractibus non recipiant, aut recipiant obligationem.

Nulla conventio aut contractus sine re, quæ præstetur, potest consistere. I.
Eorum quæ præstanda, uti subjecta obligationi materia, duo genera: res & facta: utraque quid sint; quatenus distinguantur. II.
Utraque promittuntur utiliter, si ea conditione sint, ut eadem dari fierive possint. Illa sen lex, seu conditio in rebus alia, alia in factis. III.
Recte in obligationem deducitur res omnis, quæ dari, aut haberi conditione sua potest. Quæ aut dari omnino non possunt, aut stipulanti dumtaxat, eorum nulla obligatio. IV.
Quæ dari non possunt stipulanti, horum tria genera; & quæ. V.
1. *Quæ in natura rerum non sunt, obligationum quasi materies esse non possunt.* VI.
Res futuræ nihilominus in obligationem recte deducuntur. Quæ id genus exempla. VII.
2. *Res commercio exemptæ. Species harum quatuor.* VIII.
1. *Exemptarum omni commercio; quarum nulla obligatio; sed in quibusdam justis de caussis excepta venditio.* IX.
2. *Commercio non omnium, sed certarum personarum dumtaxat. Id genus stipulatio inutilis in stipulante, secus in promittente. Ratio differentiæ.* X.
3. *Rerum, quarum nulli commercium, sed quibusdam omnis interdicta alienatio: & quæ hujusmodi.* XI.
4. *Rerum quarum, ex cæteris caussis alienatione permissa, sola est interdicta venditio. Hæ autem quæ.* XII.
Superioris generis species, uti commercio, aut alienatione exemptas, etsi primario & per se frustra in obligationem deducantur: secundario deduci aut per accessionem alterius rei, aut per universitatem successionis. XIII.
Quomodo per accessionem rei alterius. XIV.
Quomodo per universitatem successionis. XV.
Interdum & rei commercio exemptæ primario & per se facta venditio utilis emptori, & quatenus. Contraria refelluntur. XVI. XVII.
3. *Dari nequeunt, nec in stipulatum deduci res nostræ. Et quare.* XVIII.
Ideo & nulla emptio, conductio, depositum aut pignus rei nostræ esse potest. XIX.
Rem nostram sola, & absoluta proprietas facit; & quæ sit ejusmodi. XX.
Rei nostræ stipulatio aut emptio inutilis quomodo interpretanda; & quæ hic observatu digna. XXI.
Conclusio, & transitio. XXII.
Quarum rerum, quod dari non possunt, inutilis est omnis stipulatio, & conventio; illarum vice nec æstimatio debetur, aut pœna; & quæ in utraque ratio. XXIII. XXIV.
Nec rerum conditione mutata, quæ inutilis stipulatio ab initio, deinde convalescit. XXV.
Valebit tamen superiorum rerum ab initio conventio sub illa conditione concepta: cum res dari poterunt. XXVI. XXVIII.
Exceptio. XXVII.
Res quæ dari possunt, omnes in stipulatum & conventionem utiliter deducuntur, etiam incorporales; & quæ hujus generis. XXIX.
Corporales & si alienas in stipulatum & conventionem utiliter deduci. XXX.
Excipiuntur in emptione res furtivæ, secus in stipulatione. Quæ discriminis ratio. XXXI. XXXII.

I. UT conventio omnis obligationis contrahendæ caussa comparata suo fine superiore constat: ita in primis rebus promissis, ac sine re, quæ præstetur, nulla conventio hujus generis, nullaque omnino obligatio esse potest. Id adeo indicat finis ille contractuum, nec contractuum tantum, sed & obligationum omnium.

omnium. Quem hunc esse summum diximus, ut quid detur aut fiat. *L.* 3. *D. de obl. & act.* Sic enim semper subesse oportet, quod hic dari aut fieri debeat. Itaque quod de emptione scriptum est in *L. nec emptio. D. de contr. empt.* nec emptionem nec venditionem sine re, quæ veneat, posse intelligi, ad omnes contractus pertinet.

II. Quæ in obligationem deducantur, vel hinc apparet duo esse: res, & facta. Quæ & totidem ponuntur in *§. ult. Inst. de verb. obl.* Sic enim hic res vocantur, quæ dantur; facta ea omnia, in quibus nihil datur, sed extra caussam dandi fit aliquid, quodcumque id sit, quod fiat. Utrumque verbo, alioqui per se generali, ad speciem contracto, dum ista inter se opponuntur. Nam alioqui & facta omnia, ut supra ostendimus, sunt res: & contra quæcumque res dicuntur, in his dandis insunt & facta. Eamdem rationem loquendi licet animadvertere, cum aliis verbis sententia eadem dicuntur stipulationum, aliæ in dando esse, aliæ in faciendo. *L.* 2. *D. de verb. obl.* Nam & in dando sunt res, & in faciendo facta: & tamen cum generaliter loqui volumus, etiam dare [1] facere est. *L. verbum facere, D. de verb. signif.*

III. Ut quid horum ex sese utiliter promittatur, deducaturve in obligationem, una hæc in eo conditio & lex est, ut dari, fierive possit, quod promittitur. Quorum utrumque quia aliter in rebus, aliter in factis accidit, ita ferente earum rerum conditione: ideo quid postulent hæ conditiones in rebus primum, deinde in factis, separatim dicemus.

IV. Res omnis ad dandum utiliter in obligationem conventione deduci potest, quæ conditione sua dari, haberi potest. Quæ aut in totum dari non possunt, aut non possunt stipulanti; si convenerit, ut ei dentur, conventio non consistit, neque hinc ulla obligatio est. *L. si stipulor*, 35. *D. de verb. obl.* Et certe absurdum est, ac non tantum iniquum, exigere a quoquam, ut præstet, quod præstari omnino non potest, sive de re danda agatur, quæ nun potest dari, sive de eo faciendo, quod fieri non potest. Hinc regula iuris ad utrumque genus pertinens, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, D. de reg. iur.*

Tom. III.

V. Quæ res stipulanti dari non possint, ac propterea ut dentur in conventionem deducantur inutiliter, earum rerum genera sunt tria. Quædam enim ideo dari non possunt, quia non sunt in rerum natura. Quædam ideo, quia cum sint; exemptæ sunt commercio. Quædam cum sint privatæ, & alienatione liberæ; tamen iam nostræ sunt, ut amplius dari nobis non possint: quæ & ipsa genera licet animadvertere posita a Iustiniano, etsi exemplis tantum ad unumquodque eorum accommodatis notata, *Tit. Inst. de inut. stip.* in pr.

VI. Primum genus est earum rerum, quæ non sunt in rerum natura: ut si promittatur, homo vel bos mortuus, domus incendio consumpta, navis dissoluta, aut quæ naufragio periit. Ergo si quis Stichum, aut bovem, qui mortuus sit stipuletur, inutilis est stipulatio. *d. tit. de inut. stip.* in pr. *L. si homo*, 69. *D. de verb. obl.* Supervacuum esset hoc monere, si tantum hoc decerctur, neminem ad hominem, aut bovem mortuum dandum obligari, quia quod non est, dari non possit. Quis est enim qui id ignoret? ut profecto in eo, non fuerit opus præceptis iuris. Sed definitio progreditur longius. Huc enim spectat ut intelligamus, huiusmodi re promissa, ita nullam esse inde obligationem, ut nec debeatur æstimatio mortui, nec pœna, si forte hanc sim stipulatus, si mortuum non dederis: quanvis constet & æstimationem & pœnam natura præstari posse. *d. L. si homo, D. de verb. oblig.* Quod ius cum pertineat ex æquo ad omnem conventionem dandi in his rebus quæ dari non possunt, de eo postea expositis ipsis generibus istarum rerum in commune dicetur. Quod de homine aut animali iam ante mortuo, deque stipulatione in quam ista deducta sunt, diximus: idem de aliis rebus omnibus intelligendum est, quæ cum essent prius, postea esse desierunt: idem & de omni alia conventione, in quam res istæ deductæ fuerint. Earum uti stipulatio nulla est: ita nec emptio nec venditio, nec omnino ulla conventio consistit. Ideo placet, domo vendita, quæ prius consumpta esset, nullam esse emptionem, neque inter ignorantes, neque inter scientes, si tota domus absumpta sit. Quod si supersit adhuc pars aliqua eius domus, quæstionis est, an propter partem valere

(1) Verbum facere varie accipitur. Stricte & proprie, quando aliquis rei faciem, ut ait Varro 5. *de Ling. Lat.* imponit. Ubi refertur ad opera quæ sub sensum cadunt ac distinguit ab *agere* sicut Græce ποιεῖν & πράττειν. Sic in *L.* 72. *de V. O.* (2) Latius ut in *L.* 4. *§. Cato* 1. *de V. O.* continens etiam id, quo absoluto, nihil oculis obiicitur, & opponitur dationi in *L.* 2. *d. t.* (3) Latissime & dationem quoque complectitur, *ita* Dinat. 1. *Disp.* 59. add. Curt. 2. *Conject. ad freq.* 3. Gœd. *ad L.* 218. *de V. S.* & *de Contr. stip. Cap.* 6. *Concl.* 14. *n.* 178.

debeat emptio & venditio, & quatenus. In qua quæstione tota quid servandum sit, comprehensum est *L. domum*, & seq. *D. de contr. empt.*

VII. Sed cum diximus res quæ non sunt, in obligationem deduci non posse; res accipere debemus, quæ nec sunt, nec esse possunt; quales sunt res superiores, homo mortuus, domus incendio consumpta. Quæ autem nondum sunt, futura tamen sunt, aut esse possunt, de his utilis est & stipulatio, & emptio, & omnis alia conventio. Nam huius generis, res percipi possunt partim natura, ut [2] fructus fundi, ancillarum partus, pecorum fœtus; partim casu, ut captus piscium, avium, missilium: placet illarum rerum omnium receptam esse emptionem, quæ alioqui sine re esse non potest: diciturque in his posterioribus emptionis alea. *L. nec emptio*, *D. de contr. empt. L. cum hereditatem*, *D. de her. vel. act. vend.* Nec minus & de iisdem rebus aliæ conventiones valent, Quatenus cuiusque natura & obligatio patitur. *L. interdum*, 73. *L. ubi*, 75. *§. illud*, *D. de verb. obl. L. & quæ nondum*, *D. de pign.*

VIII. Secundum genus rerum quæ dari non possunt, est earum quæ in rerum natura cum sint, commercio sunt exemptæ. Cuius generis quatuor sunt species, ac totidem earum, quæ ex hac caussa inutiliter deducuntur in obligationem.

IX. Quædam sunt, quæ in totum exemptæ sunt hominum commerciis; eædem illæ quæ dicuntur non esse in bonis, aut patrimonio cuiusquam. In hac caussa sunt, natura liber homo, iure gentium res publicæ omnium aut populi, more & instituto civitatis res quæ dicuntur divini iuris, [3] sacræ, religiosæ, sanctæ; item res universitatis, ut theatra, stadia, basilicæ, & quæ loca sunt civitatis publica. Sic enim hæc genera illarum rerum distinguuntur in *L. si in emptione*, 34. *§. omnium*, *D. de contr. empt.* Ergo has res si quis stipuletur, quia minime omnium dari possunt, inutilem stipulationem esse constat. *L. inter*, 83. *§. sacram*, *D. de verb. obl. §. idem iuris*, *Inst. de inut. stip.* Similiter earum rerum neque emptionem, neque venditionem, neque aliam ullam conventionem consistere placuit. *L. sed Celsus*, 6. in pr. *d. L. emptione*, *§ omnium*, *D. de contr. empt.* Eodem numero habentur & venena [4] mala ad nullam rem apta, nisi ad nocendum. Hæc ut noxia, & periculi flagitiosi plena, haberi prohibentur, eoque & dari. Ex quo est, quod placet huius generis venenorum non contrahi emptionem. *L. quod sæpe*, 35 *§. veneni*, *D. de contr. empt.* In his tamen rebus quædam exceptæ, in quibus iustis de caussis venditio concessa est. Res sacras mobiles, etiam quæ ut sacræ venduntur, placuit, si necessitas urgeat, piis de caussis vendi posse, ut ad alimoniam pauperum, aut redemptionem captivorum, ubi ecclesiæ facultas ad eos sumptus aliunde non suppetit. De quo diximus supra in iure rerum sacrarum *Lib.* 4. *Cap.* 1. Liber homo si se ad pretium participandum vendi passus sit, Ita consistit emptio, ut & efficiatur servus, qui venditus est *§. penult. Inst. de iur. pers.* de quo diximus in servis *Lib.* 2. *Cap.* 9. Postremo patri permissum est in extrema paupertate victus caussa filium filiamve vendere, *L. ult. C. de patrib. qui fil. distr.* sic tamen, ut effectus venditionis ad certum tantum modum procedat, qui eadem lege comprehensus est. Et de eo diximus in iure patriæ potestatis, *Lib.* 2. *Cap.* 25.

X. Secunda huius generis species est earum rerum, quarum commercium est inter cæteros omnes: tamen certis [5] personis est interdictum. Huiusmodi est mancipium Christianum Iudæo, vel pagano, a quibus id mancipium per constitutiones haberi possideri non potest, interdicto his eius mancipii omni commercio. *Tit. C. ne Christ. manc.* De harum rerum stipulatione interposita inter eos, quorum uni negatum est rei commercium, Ulpiani distinctio est, cum de vi eius stipulationis quæritur, exstatque ea distinctio in *L. multum*, 34. D. de verb. obl. *Multum interest*, inquit, *utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler, inutilem esse stipulationem placet; si quis promittat; ipsi nocere, non mihi.* Differentiæ ratio non obscura. Nam ei, cui commercium interdictum est, dari huiusmodi res non possunt. Neque vero dandæ sunt, ut pœna legis maneat, qua isti affi-

2) De obligatione fructuum futurorum vid Io. Copus *Lib* 1. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 2 *&* 3. *seqq.* In Gallia constitutionibus regiis, frumentorum quæ in herbis sunt venditio vetita, præcidendæ occasioni onerandæ annonæ, Renat. Choppin. *Lib.* 2. *de Privil. rust. P.* 1. *C.* 5.

3) Vid. Gœd. *ad L.* 5. *pr. de V. S & de Contr. stip. C.* 6. *n* 27 *& seqq.* Huiusmodi sunt & reliquiæ sanctorum, significatæ per martyres, *in L.* 3. *C. de SS. Eccl.* Cuiac. *ad L.* 4. *D. de contr. empt.* De locorum publicorum alienatione quando licita, Cæpolla *de serv. rust. C.* 3. *n.* 22. *& seq.*

4) Unde Catoni Uticensi obiectum scribit Plinius, quod Canthandes in auctione regia vendidisset. Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 10. vid. Gœd. *ad L.* 236 *de V. Sign.*

5) Vid. Hopper. *Lib.* 3. *ωεδωνῶν pag* 82. *&* 2. Gœd. *ad L.* 5. *pr. de V. S. n.* 19. *& de Contr. stip. C.* 6. *Conclus.* 10.

afficiuntur lege. Contra qui promittit, etsi prius est, ut dominus efficiatur rei interdictæ, quam stipulatori dando in eum transferat: tamen cum sic accipit, ut det, & dat re vera, rem habere non videtur. Non enim intelligitur capi aut pervenire ad aliquem, quod mansurum non est. *L. aliud est capere, D. de verbor. signif.* Præterea hæc etiam legis mens est, ut cum alicui interdicitur commercium, ut is eam rem alteri promittendo, obligetur. Interdicitur enim ei commercium pœnæ caussa. Non convenit, ut quod pœnæ caussa adversus cum constitutum est, id ipsius lucro & præmio cedat. Quod tamen fieret, si promittens eo nomine non obligaretur.

XI. Tertia species eiusdem generis est earum rerum, quarum nulli in totum interdictum est commercium: sed cum sint in dominio privatorum, a quibus & recte habentur possidentur, tantum his ipsis alienatio est interdicta. In hoc numero sunt hæ res, prædium dotale; prædium seu res immobilis donata propter nuptias; servus, qui in fuga est; tigna ædibus iuncta, aut inde exempta; eunuchi; res litigiosa. Prædii dotalis alienationem interdictam esse constat. *L. 4. L. dotale. 13. D. de fund. dot. Inst. per quas pers. nobis acq.* Ideo nec huius venditio, nec alia quævis conventio transferendi caussa interposita valet. *L. cum vir, 42. D. de usuc. L. 2. D. de fund. dot.* Nec minus immobilis rei donatæ propter nuptias alienatio est interdicta, constitutione Iustiniani. *Nov. 60. ut immob. ant. don. §. 1.* Sequitur igitur ut huius venditio, & si qua alia de ea re transferenda conventio intervenerit, eodem iure habeatur. Et servum, qui in fuga est, alienare non licet. Proinde nec vendere, aut donare; exceptis coheredibus & sociis, quibus in divisione communium rerum licitationem de fugitivo servo invicem facere permissum est. *L. in fuga, C. ad leg. Fab. de plag. L. 2. D. eod. L. quod sæpe, §. si quis amico, D. de contr. empt.* Tigna quoque ædibus iuncta alienari non possunt: nam nec legari. *L. cætera, 41. in pr. D. de leg. 1.* Unde intelligimus, si vendantur, aut si qua alia conventio de his transferendis interponatur, multo minus valere emptionem, aliamve conventionem. Sed & illud vetitum, ne quis ædificia dirueret, quo plus sibi acquireret, neve quis negotiandi caussa eorum quid emeret, venderetve, pœna in eum, qui contra fecisset, constituta, ut duplum eius, quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero qui vendidisset, ut irrita fieret venditio. *L. senatus, 52. D. de contr. empt. L. 2. C. de æd. priv.* Eunuchos facere constitutionibus interdictum, pœna capitis constituta adversus eos, qui fecerint. Sed nec factos vendere, aut quavis alia ex caussa alienare concessum est; ut appareat omnem de his transferendis conventionem prohiberi; præterquam si sint ex barbaris, & in barbarico solo eunuchi facti. *L. 1. L. 2. C. de eunuch.* Interdicta item rei litigiosæ alienatio. Proinde & omnis conventio inutilis, quæ interponitur eius rei alienandæ caussa. *L. 2. L. 3. L. ultima, C. de liti.* & toto *Titulo, D. de litigios.*

XII. Quarta etiam species est earum rerum, quæ commercio exemptæ sunt, superiori quidem non admodum dissimilis, non nihil tamen diversa. Ea est earum rerum, quarum cæteris ex caussis alienatio concessa est; sola venditio & emptio est interdicta. In hac caussa sunt; sal, actiones, purpura, sericum. Salem iure Romano nulli concessum est vendere, nisi mancipibus, idest conductoribus salinarum, & iis quibus mancipes permiserint. Sed nec ab aliis, quam ab his licet emere. Pœna hac constituta, ut si sal & pretium commutata erunt, utrumque mancipibus addicatur. *L. si quis, C. de vect. & com.* Ius, ut apparet, constitutum promovendorum vectigalium caussa, quo scilicet salinæ facilius reperiant conductores & publicanos, qui aliter non facile accessuri erant ad conductionem parum sibi utilem. Sed qui salem iam suum factum vendere prohibentur, hi non prohibentur donare, & liberalitatis caussa in quosvis transferre. Negotiatione enim remota: non est, quod mancipes magnopere damnum metuant. Non enim facile homines sua donant. *L. 4. in fi. D. ad Vell.* De actionibus nostris cedendis & in alium transferendis ita ius est, licere cuivis actiones suas donationis caussa alii cedere sine exceptione. Vendere autem ita licere, ut non latius consistat venditio, & transeant actiones, quam quantum est pretium solutum, & usuræ, quæ ex eo pretio redigi possunt. Præter quam si venditio erit necessaria, quod in quibusdam personis accidit. Hæc summa *L. pen. & L. ult. C. mand.* Quod ad [6] purpuram, & sericum atti-

6) De purpura & murice, vid. Cuiac. 12. *Obs.* 24. Henr. Salmuth. *ad Lib. 1. Memorab. Pancirolli initio.* De fericis vestibus olim magni æstimatis vid. P. Fab. 1. *Semestr.* 16. Got. *in not. d. L. 2.*

attinet, constitutiones quædam sunt Imperatorum posteriorum, quibus fere in Europa hodie non utimur. De purpura cautum, purpuram fucare idest tingere, ac distrahere neminem privatum posse. *L. 1. C. quæ res vend. non pos.* Alia constitutione comparandi serici a barbaris facultas omnibus adempta præter comitem commerciorum. *L. 2. C. eod.* Hodie videmus hæc omnia in Europa maxima ex parte omnibus esse libera. Quia tamen constitutiones sunt iuris Romani, & huc pertinent, non putavi omittendas.

XIII. Atque hæ species sunt illius generis, in quo eas res ponimus, quarum commercium & alienatio non est aut in totum, aut ex parte. Quarum ipsarum & hanc conditionem communem esse dicimus, cum in obligationem deducuntur, ut quatenus de his dandis transferendisque agitur, eatenus omnis inutilis sit & stipulatio, & emptio, omnisque alia conventio. Sed habet hoc ius nonnullas cautiones, quæ cum sint propriæ huius generis, tempestivum est eas hoc loco subiicere. Ac primum quod dicitur istarum rerum stipulationem, emptionem, venditionem, & cæteras conventiones de his interpositas non valere: sic accipiendum est, si hæ res specialiter seu principaliter in obligationem deducantur. Quod si non deducantur principaliter; uti eo modo alienari possunt, ita possunt & utiliter in obligationem deduci. Id autem fit duobus modis; aut per accessionem alterius rei, cuius concessa erat alienatio; aut per universitatem successionis.

XIV. Per accessionem alienantur, & in obligationem deducuntur hoc modo; si, puta, vendam aut aliter cedam tibi fundum, in quo sit aliquid sacri, aut religiosi, vel fundi dotalis, vel litigiosi, & conveniat, inter nos, ut id omne ad te transeat. Hoc vero modo utilem conventionem esse placet, & simul procedere alienationem. Quasi scilicet non videantur istæ res vendi, aut cedi, ubi non veneunt, ceduntur ve specialiter, sed [7] emptioni, cessionive maioris partis accedunt; quam ideo sequuntur utiliter, quia illa per se venire & alienari potuit. Hæc in *L. hanc legem*, 22. & 2. seqq. *D. de contr. empt.*

XV. Per universitatem successionis transeunt istæ res ad heredem hoc modo. Finge in bonis defuncti esse fundum, in quo sit aliquid sacri, religiosi. Esse in eius bonis fundum dotalem, rem aliquam litigiosam, servum qui in fuga sit. Hæc per se alienari non possunt. At, herede aliquo relicto, ad heredem transeunt, & quidem utiliter. *L. quædam*, *D. de acq. rer. dom.* Quo recepto, dicimus ut ea hereditas vendi potest, ita & vendita ea ac translata, etiam eas res in emptorem utiliter transferri. Hoc ideo, quia & hic transitus fit non principaliter, sed per consequentiam. Recte enim transfertur hereditas. At hac translata sequitur, ut transeant quæ erant in hereditate. Erant autem hæc, quæ per se transferri non poterant. Et nos quid principaliter fiat, non quid per consequentiam spectare debemus, ut ex vi aut inutilitate eius, quod principaliter geritur, sequatur etiam vis aut inutilitas consequentis. *L. 1. D. de auct. tut.*

XVI. Sed etsi conveniat quid principaliter de rebus totius huius generis, est in earum venditione ius quoddam proprium emptionis & venditionis, quo efficitur, ut ea emptio & venditio valeat. Nam & liberi hominis, & loci sacri, & religiosi emptionem contrahi placuit, si hæc pro privatis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut venditor sciat, & emptor ignoret. *L & liberi*, 4. *D. de contr. empt.* Negat tamen Modestinus etiam hoc casu emptionem tenere, in *L. qui officii*, 62. *§. 1. D. de contr. empt.* Sed addit, quo se satis explicat. *Ex empto tamen*, inquit, *adversus venditorem experietur emptor, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur.* Hoc qui dicit, satis declarat hactenus saltem [8] emptionem valere. Neque enim potuit esse ex empto actio, nisi ex utili emptione. *L. ex empto*, *D. de act. empt.* Ergo quod prius dixerat non tenere emptionem, perspi-

[7]) Vid. *supra Lib. 4. C. 6. N. 2.* Non autem hic ipsæ res transeunt earumve dominium, sed usus si quis privatus est, iure saltem accessionis vel opportunitatis. Ut si ius sepeliendi venditori in loco religioso, vel sacrum faciendi, aut parentandi *L. 2. § 2. L. 5. & 6. L. 8. ult. & LL. seqq. de relig. L. 53. §. 1. de act. empt.* Ipse igitur locus sacer &c. per se, quatenus talis in commercium non venit, Goed *ad L. 5. pr de V. S. n. 14.*

[8]) Ita & Cuiac. *ad L. 4. de Contr. empt.* Non tenet ad id ut res acquiratur, tenet ad id ut nascatur actio ex contractu; & Goed. *ad L. 5. pr. de V. S. n. 15. & de Contr. stip. C. 3. n. 39.* quia, inquit, affectus, actio empti, caussam præcessisse arguit; nec ullo casu actio ex empto, ubi nulla emptio est, & dolus facit ut emptio contracta sit quæ alias non esset. Male hoc. Non dolus facit ut valeat si valere dicendum est, sed ignorantia ementis. Quin si dolus aberit, utroque ignorante non minus, sed magis validus contractus *d. L. 70.* Actio quoque ex empto aliquando dari videtur, cum contractus non tenet per *L. 21. pr. de act. em. induct. L. 8. pr. de contr. empt.* Utilis videlicet ut contractus qui non valet vi actionis directæ; efficax tamen fit ex mera æquitate producendæ actioni utili seu in factum. Sic enim vocatur actio quæ in præsenti casu competit, in *L. 8. §. 1. de relig.* quæ ita concilianda *d. L. 62. §. 1.* Pac. 3. Q. 7. P. Busius in *L. 9. de contr. empt. n. 8. 9.*

ſpicuum eſt ita dici, ut intelligat non per omnia eam tenere, non tamen ita ut non teneat in totum. Ita conſentiens omnium hæc ſententia eſt, etiam ſuperiorum rerum emptionem valere, ſi ab ignorante pro privatis emantur. Quod ſi recipitur in iis, quæ plane commerciis hominum exemptæ ſunt: multo magis probandum eſt in privatis, quarum alienatio tantum dominis eſt interdicta: ut ſi quis fundum dotalem pro non dotali vendat, rem litigioſam, pro non litigioſa, ſervum qui in fuga eſt, pro non fugitivo.

XVII. Sed hic hæſitatur. Nam quomodo earum, quæ dari non poſſunt, emptio contrahitur contra regulam iuris, quæ dictat impoſſibilium nullam eſſe obligationem? *L. impoſſibilium*, *D. de reg. iur.* Sed nihil hic fit adverſus eam regulam. Ut enim hæ res alienari darive non poſſunt, ſic nunquam poſſunt utiliter in emptionem, aliamve ullam conventionem deduci, ut dentur ipſæ, petive poſſint. Denique quod ad res ipſas attinet, non tenet emptio, ut ſcribit Modeſtinus, tantumque in id agitur, ut præſtetur emptori, quod eius intereſt deceptum non fuiſſe. *d. L. qui officii*, §. 1. *D. de contr. empt.* Quo continetur & rei venditæ æſtimatio, quanta eſſet, ſi res eſſet privata, & præterea quantum emptor inde lucrari potuiſſet. *L. ſi commiſſa*, *D. rem rat. hab.* At hoc nondum rem expedit. Cum enim dicimus his rebus in obligationem deductis, inutilem eſſe conventionem, hoc intelligimus dici plane eſſe inutilem, nullamque inde obligationem eſſe ad ullam præſtationem. Alioqui aliquo modo utilis eſſet conventio. Exemplo eſt ſtipulatio iſtarum rerum, in qua ius ſervari certum eſt. *L. ſi ſtipulor*, 35. *L. inter*, 83. §. *ſacram*, *D. de verb. oblig.* §. *idem iuris*, 2. *Inſt. de inut. ſtip.* Et aliud iuris eſt in ſtipulatione earum rerum, aliud in emptione. Quod proprio quodam iure & natura emptionis ac venditionis accidit. In hac enim non tantum tenetur venditor, ut præſtet rem venditam, ad quod ſane non teneri eum in his rebus venditis fatemur: ſed etiam ut ſi qua in re emptorem decepit ſciens; ſive ignorans quid affirmavit de re, quod non erat, id præſtet. Etſi enim putavit ita eſſe, tamen non debuit facilis eſſe ad temerariam affirmationem. *L. Iulianus*, in pr. & §. *quod autem*, *D. de act. empt.* Ac de ſecundo genere earum rerum, quæ dari non poſſunt, in quo ſunt, quæ commercio ſunt exemptæ, ſatis dictum eſt, ut intelligatur, quæ ſint huius generis, & quatenus verum ſit, eas conventione utiliter in obligationem deduci non poſſe.

XVIII. Tertium genus earum ipſarum rerum, quæ dari non poſſunt, erat earum, quæ ſunt noſtræ. Neque rem ipſam noſtram, neque ſi quid in iure eius rei noſtrum eſt, id nobis dari aut in nos transferri, conventione efficere poſſumus. Et quidem rem ſuam neminem utiliter ſtipulari poſſe conſtat. *L. nemo rem*, 82. *D. de verb. obl.* §. *idem iuris*, in fin. *Inſt. de inut. ſtip.* Nempe ideo, quia res noſtra eſt ex genere earum rerum, quæ nobis dari non poſſunt. *Scilicet*, ut eſt apud Iuſtinianum, *quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut fiat eius, nec res quæ* iam alicuius eſt, *magis eius fieri poteſt.* §. ſic itaque, *Inſtit. de act.* Eamque ſuperioris inutilitatis rationem eſſe, licet certius intelligere ex §. *ſed ſi rem*, *Inſtit. de leg.* ubi Iuſtinianus cum eodem modo rem ſuam cuiquam inutiliter legari poſuiſſet, eius iuris eamdem iſtam rationem reddidit.

XIX. Hac eadem ratione nec ſuæ rei emptionem valere placuit. *L. ſuæ*, 16. *D. de contr. empt.* ut intelligamus, quod de ſtipulatione rei noſtræ dicitur, ad omnes conventiones pertinere, quibus id agitur, ut aliquo modo res noſtra nobis detur, quod fit in emptione, ſi venditor ſit dominus. *L. ex empto*, *D. de act. em.* Sed hic non conſiſtimus. Etiam conductio rei noſtræ nulla eſt, tametſi ex conductione nihil niſi ius fruendi in nos transfertur. *L. qui rem*, *C. de loc. & cond.* Longius itum eſt. Nam neque pignus, neque depoſitum, neque precarium ſuæ rei conſiſtit; non magis quam emptio aut locatio. *L. neque pignus*, *D. de reg. iur.* quia ſcilicet in his omnibus id agitur conventione, ut transferatur in nos aliquid de uſu rei, quod iam ſatis iure noſtrum ſit, aut eſſe debeat. Sed in huius rei emptione ſciendum eſt, non adhibere nos eamdem diſtinctionem, qua in emptione rerum ſuperioris generis uſi ſumus. Illarum enim emptionem non conſiſtere diximus inter ſcientes, aut ſi emptor ſolus ſciat commerciis exemptas: ſin ab ignorante emantur, intelligi emptionem. *d. L.* 4. *L. liberi. de contr. em.* Alia cauſſa eſt rei noſtræ. Placet ſuæ rei non valere 9 emptionem, ſive ſciens quis

9) Valet tamen mandatum de emenda re mea, vendente eo cui ius vendendi, licet ſubtili iure non conſiſtat *L.* 22. §. 3. *Mand.* Cuiac. 8. *ad Afr.* in *L.* 34. §. 1. *Mand.* P. Fab. *ad L.* 45. *de R. I.*

quis emerit, sive ignorans. *d. L. suæ. D. eod.* Hoc ideo, quod cæteras res, si privatæ essent, & dari possent, ut putamus, interest nostra nobis dari, quia eas non habemus, & tamen quæsitas volumus. Rem nostram nobis præstari nostra nihil interest, quia cum nostra sit, eam iam satis habemus: nec quod habet quis, debet ab alio exspectare.

XX. Res nostra est, cuius proprietas ad nos ita pertinet, ut invitis non possit avocari. Vel sola proprietas rem nostram facit. *L. recte. D. de verb. signif.* Itaque eam rem quæ talis est, si cætera concurrant, inutiliter & stipulamur, & emimus. Si usufructus rei tantum noster est, ea non est nostra, ne pro parte quidem; quia usufructus dominii pars non est, sed servitus. *d. L. recte.* Ea res facit, ut si cuius usufructus dumtaxat sit in re aliqua, & is eam emat, nihil sit, quod obstet emptioni. *d. L. suæ.* in fin. *D. de contrah. emptio.* Sed etsi proprietas ita nostra sit, ut possit aliquo remedio ab invitis avocari, veluti in integrum restitutione, non vere res nostra est: cum id quod nostrum est, definiamus sine facto nostro ad alium transire non posse. *L. id quod nostrum, D. de regul. iur.* congruit *L. non videtur quisquam. D. eod. L. cum quis. §. qui hominem, D. de solution.* Hac de caussa si quis eam rem emat ab eo, qui potuit eam [10] avocare, placuit utilem esse emptionem. *L. 4. C. de contrah. empt.*

XXI. Notandum non hoc dicere nos, omnem stipulationem, aut emptionem ob rem nostram esse inutilem; sed eam quæ sit de re ipsa nostra, & ea nobis danda seu in nos transferenda. Proinde si quis stipuletur pretium rei suæ, quam vendidit, nihil est impedimento stipulationi. *d. L. nemo rem, 82. D. de verb. obl.* Sic enim stipulatur pecuniam non suam, sed emptoris, quam ideo ab illo dari venditori oportet. *L. ex empto.* in pr. *D. de act. empt.* Sed etsi quis stipuletur rem suam sibi restitui, quæ apud alium est, utiliter stipulatur. *d. L. nemo.* Nihil enim prohibet, quominus res nostra sit, & tamen teneatur ab alio; quatenus & potest restitui. Æque utilis conventio est, si quis rei suæ possessionem, quam alius iudicio obtinuit, aut usumfructum, qui alterius est, sibi emat aut stipuletur. *L. si in emptione, 34. §. rei suæ. D. de contr. empt.* Sunt enim & hæc aliena, quæ cum dominio nostro nihil commune habent. *L. naturaliter, §. nihil commune, D. de acq. her. d. L. recte, D. de verb. signif.* Sane uno casu stipulatio rei suæ recepta est, si quis rem suam furtivam stipuletur sibi dari a fure, dummodo sub hac demonstratione, ut stipuletur tanquam furtivam. *L. scire, 29. §. ult. D. de verb. oblig.* Receptum ideo, quia utile esse visum est rem furtivam tanquam alienam domino dari posse, ut fur pluribus actionibus teneatur, id est non tantum vindicatione; sed etiam condictione. *§. sic itaque Inst. de act.* Quod si tanquam quæ dari possit, condici potest: etiam ut talis adversus furem potest in stipulatum deduci.

XXII. Atque hæ genera sunt earum rerum, quæ dari non possunt. Quorum in singulis cum ostenderimus omnem inutilem esse conventionem, qua agitur de his in nos transferendis; apparet vere in universum ita definiri, ut fit in stipulatione in *d. L. si stipulor, 35. D. de verb. obl.* quæ res dari non possunt vel natura vel iure, de his omnem conditionem dandæ, transferendæque rei esse inutilem. Simul ex eadem divisione intelligimus, quod quærebamus, quæ res & quatenus in obligationem dandi deduci non possunt. Sed etsi res ita se habet, ut omnis istarum rerum conventio dandi, quatenus ab initio talis est, sit inutilis: nonnulla tamen hic incidunt, quæ afferant dubitationem, an in his saltem, aut propter ea utilem dici oporteat conventionem Quæ cum in commune ad omnia superiora genera pertineant, etiam hoc loco in commune attingenda & removenda fuerunt. Duo sunt quæ si res non debetur, ipsa tamen saltem præstari debere videantur, æstimatio rei, & pœna inutili conventioni subiecta. Unus autem casus est, qui etiam in re ipsa inutiliter promissa videatur utilem conventionem efficere debere, si res videlicet, mutata postea conditione, dari posse cœperit. Quapropter de his in commune quæramus.

XXIII. Primum ergo quæritur, si conventione de his rebus dandis interposita, inutilis de re conventio est, ut res detur, an non saltem debeatur rei æstimatio. Movet

10) Duaren. *de Contr. empt. Ca. 2.* Tiraq. *de Retr. convent. §. 2. Gl. un. n. 12.* qui & hoc declarat *n. 44.* Cum tota quoque re partem suam emere aliquis potest *L. 13. §. ult. de in diem addict.* Ut si sunt plures qui rem communem subiiciant hastæ, unus eorum illam recte emit, Cuiac. d. loc. Sed num in pignore fallit regula in eo, qui dominium habet iure speciali ut legatarius in re legata. Ita post alios putat Fachin. 12. *Contr.* 32. per *L. 7. pr. Qui pot. in pig.* iunct. *L. 2. Quan. ex fac. tut. & simil.* Cum quo non facio. Eadem enim naturæ & iuris ratio æque resistit. Neque id probat *d. L. 7. pr.* Dominium habet pupillus in re suis nummis empta a tutore *d. L. 2. vid. supra Lib. 5. C. 2. N. 5.* pignus autem habet *d. L. 7. pr.* in re suis nummis ab alio comparata.

vet, quod æstimatio a promissore dari potest, & dari stipulatori. Qua ratione igitur fit, ut non debeat res promissa, quia dari non potest; contraria effici videtur, ut præstari debeat æstimatio, quia & dari potest. Confirmatur ea res exemplo alienæ rei legatæ: quam si heres redimere non potest, quia dominus eam non vendat, eius æstimationem dare cogitur; scilicet ut quod non potest, non præstet, puta rem legatam; at quod potest, id præstet, nempe æstimationem. *§. non solum, Inst. de leg.* Sed generaliter tenendum est, quæcumque res in obligationem deduci non possunt, quia dari non possunt, eas sive legatæ sint, sive promissæ, sive aliter in conventionem obligationemve deductæ, inutilem actum nostrum efficere; ut quemadmodum non debentur res ipsæ, sic nec debeatur earum æstimatio. De legato harum rerum traditum hoc est diserte in *d. §. non solum*, in fi. *de leg. L. cum servus*, 39. *§. ult. D. de leg.* 1. Multo magis in conventionibus illarum rerum idem recipiendum est: cum in testamentis plenius voluntates testantium interpretemur. *L. in testamentis, D. de reg. iur.* Et idem esse in stipulationibus ac conventionibus omnibus satis intelligitur ex eo, quod dicitur earum rerum stipulatio esse inutilis. *§. idem iuris, Inst. de inut. stip.* item earum rerum emptio non esse. *L.* 4. *L. si in emptione, §.* 1. *D. de contr. empt.* Neque enim inutilis est stipulatio, aut nulla emptio, si quid ex ea debetur, & maxime si pro re debetur æstimatio. Et sane ratio non est obscura. Sive enim res legatur, sive promittitur, ipsa res in obligationem venit, non æstimatio, quæ nec legata nec promissa est. Quo fit, ut si rei obligatio non consistit, neutrum debeatur: non res, quia ius vetat; non æstimatio, quia deest legantis aut promittentis voluntas. Non mirum, si aliud placuit, cum res aliena legata est, neque eam heres dare non potest, quia dominus eam non vendat. Nam res aliena legatur utiliter: ut cum rem debeat heres; necesse sit aut rem præstare, aut pro se æstimationem, quo legatario satisfiat. *d. §. non solum, de leg.* Nec ad rem pertinet, quod cum dominus eam rem vendere non vult, heres eam dare non potest. Hoc enim incommodum personæ est, non naturæ impedimentum. Heres non potest eam rem dare inopia rei prohibitus. At res ipsa per se dari & alienari potest. Impedimentum naturale obstat obligationi, ut in re impossibili: incommodum & inopia debitoris non obstat. *L. continuus*, 137. *§. illud. D. de verb. obl.*

XXIV. Secundo loco quæritur, si is, qui res supra scriptas sibi dari stipulatus est, aut emit, sibi cavens stipulatus sit pœnam, si eæ res datæ non essent; an non saltem utilis sit pœnæ stipulatio, ut ubi constabit res dari non posse, pœna saltem committatur. Neque enim hic de pœna idem dici potest, quod prius de rei æstimatione. Æstimatio non debetur, quia non est promissa. At promittitur pœna aperta conventione. Ut autem videatur utilis esse posse hæc pœnæ stipulatio superiorum rerum conventioni subiecta, faciunt exempla similium stipulationum inutilium, quibus subiicitur utiliter pœna. Alteri stipulamur inutiliter. Attamen si stipulemur pœnam, si alteri datum non sit, utilis stipulatio est. *L. stipulatio ista*, 38. *§. alteri, D. de verb. obl.* Item inutiliter stipulamur alium daturum facturumve. Utilis tamen stipulatio pœnæ, si hanc stipulemur, si ille alius non dederit, aut fecerit. *d. L. stipulatio ista*, *§.* 1. Consentaneum igitur, ut quanvis quis stipuletur inutiliter rem dari, quæ dari non potest; si tamen stipuletur pœnam, si res data non erit, stipulatio pœnæ similiter sit utilis. Sed in hoc genere toto illarum rerum generaliter probandum est, cum res promissa est, aut vendita, quæ dari non potest, eoque nec in obligationem deduci, ita nullam esse hanc conventionem, nullamque ex ea caussa obligationem, ut nec si pœnæ stipulatio subiecta sit, si quid earum rerum datum non erit, pœna debeatur; quia inutilis sit & pœnæ stipulatio subiecta. Traditum hoc est in genere earum rerum, quæ in rerum natura non sunt, puta cum homo qui mortuus erat, promissus est, in *L. si homo.* 69. *D. de verb. obl.* Sed definitio ad omnes res, quæ dari non possunt, pertinet. Nihil enim interest, utrum quid natura dari non possit, an iure. *d. L. si stipulor*, 35. *de verb. obl.* Itaque non tantum idem dicemus, si liber homo, si res sacra, religiosa, publica promissæ sint & pœna subiecta, si datæ non fuerint, de quibus minor est dubitatio; utpote rebus non minus exemptis ex hominum commerciis, quam est homo mortuus: sed etiamsi emat quis fundum dotalem, aut rem litigiosam res alioqui privatas, aut emat rem suam, cuius etiam alienatio est, & nisi hæ res datæ sint stipulemur pœnam; probandum est æque inutilem esse stipulationem pœnæ. Merito. Illarum enim rerum conventioni subiecta pœnæ stipulatio, non ideo est inutilis, quia inutili subiecta est, sed quia ut subiecta est impossibili, ita & ipsa est

est impossibilis. Non sane quod pecunia dari non possit, si superiores res datæ non erunt; sed quod dari non possit, ut pœna, ubi res prius promissæ conditione sua dari non potuerunt. Nam si pœna nulla est, nisi delicti coercendi caussa: *L. aliud est fraus*, *D. de verb. signif.* non potest ulla pœna ibi statui, ubi non præstat promissor, quod per conditionem rerum præstari non potest. Nullum enim delictum, nullaque culpa per rerum naturam potest intelligi ob eam rem non præstitam, cuius præstatio est impossibilis. De quo scripsi ad *L. si homo*, 69. *de verb. oblig.* Quamobrem non sunt similia exempla stipulationum inutilium superiora, quibus pœnæ stipulatio subiicitur utiliter. In his enim non eodem vitio laborat pœnæ stipulatio, quo præcedens, cum stipulator neque stipuletur alteri pœnam, sed sibi; neque alium daturum, sed promissorem. Aliter atque cum impossibili præcedenti subiecta pœnæ stipulatio fit & ipsa impossibilis, ut hoc loco.

XXV. Effectum est igitur iis rebus quæ dari non possunt, in obligationem conventione deductis, ita inutilem esse ab initio conventionem, ut nihil ex ea caussa possit deberi, id est neque res quæ promissa est inutiliter, neque æstimatio, quæ promissa non est, neque adeo pœna cuius præstatio in hac specie sit impossibilis, ut modo dixi. Sed esto, hæc ita sint ab initio, & quamdiu res promissa in eadem caussa manserit, ut dari non possit. At quid si res ab initio inutiliter promissa venerit postea in eum casum, ut possit dari; an non tempore saltem convalescet stipulatio, & res promissa debebitur? Ut puta, liber homo promissus est, pro nihilo res sacra, religiosa, publica; fundus dotalis venditus, res litigiosa vendita. Sit sane a principio omnis hæc stipulatio & emptio inutilis. Sed liber postea servus factus est, res sacra profana, res publica privata facta, fundus desiit esse dotalis, res desiit esse litigiosa. Quidni dicamus conventionem iam valere, quæ ante erat inutilis? Quod enim certa de caussa prohibetur, impedimento sublato concedi intelligitur, & generaliter cessante caussa legis, placet legi locum non esse. *L. quod dictum*, *D. de pact.* *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. iur.* At inutilitas omnis superiorum conventionum ex hac caussa est, quod res in obligationem deductæ sunt, quæ dari non possunt. Quare si eædem dari postea cœperint, dicendum est, impedimento sublato, nihil obstare obligationi: hac de caussa etiam quod prius gestum est, convalescere, & res ante in obligationem deductas deinceps incipere deberi. Sed ut certius liqueat quid sit quod dicitur istarum rerum conventiones iam a principio esse inutiles: placet ita inutiles esse, ut nec tractu temporis convalescant, quanvis res promissæ in eum casum venerint, ut dari possint. *§. idem iuris.* versic. *nec in pendenti*, *Inst. de inut. stip.* *L. inter*, 83. *§. sacram*, *D. de verb. obl.* Et recte. Nam nisi hoc ita sit, conventio iam ab initio non sit inutilis, sed sit in pendenti, utrum sit utilis, necne. Nunc autem ius facit, ut sit statim inutilis. Quæ ratio significari videtur in *d. §. idem iuris* vers. *nec in pendenti*. Idem & de legatis istarum rerum placuit. *L. cætera.* 41. *§.* 1. *D. de leg.* 1. Et generaliter de omnibus quæ ab initio inutiliter fiunt, regula iuris ita definitum: *Quod initio vitiosum seu inutile est, tractu temporis convalescere non potest.* L. quod initio, *L. quæ ab initio.* *D. de reg. iur.* Hæcque est, quæ nostris dicitur regula Catoniana, quæ a Catone concepta primo de iis quæ testamento relinquuntur, & in his pro iure certo recepta, qualis exstat in *L.* 1. *D. de reg. Cat.* post deinde ad stipulationes atque alias [11] conventiones translata est, ut significatur in *d. L. cætera*, *§.* 1. *D. de leg.* 1. Non adversatur huic regulæ, quod dicimus, impedimento sublato, obligationi nihil obstare. Non nego hoc vere dici: sed ita accipiendum est, ut nihil obstet, quominus nova voluntate, vel testatoris, vel contrahentium deducantur hæ res in obligationem. Ut, mutata conditione, eædem res iterum legari possunt: possunt iterum vendi, & promitti, quod nemo negat. Nulla autem nova voluntate, aut conventione interveniente, & natura rei gestæ, & iuris ratio refragatur, quominus quod initio vitiosum est, tractu temporis confirmetur. Primum quod initio non est, id nec convalescere nec confirmari dici potest: quoniam ei quod non est, attribui nihil potest. Tum autem verum non est, cum res dari posse cœpit postea, impedimentum omne esse sublatum, quod conventioni aut legato obstabat. Nam re quæ dari non potest, legata aut promissa, utrumque ab initio deest ad obligationem, & res

11) Gœd. *de Contr. stip.* C. 6 n. 123. Sed imo hoc non ex regula Catoniana, sed alia Catone antiquiore *L.* 29. *de R. I.* Vid. *supra Lib.* 8. *Cap.* 13. *N.* 5.

& res idonea quæ dari possit, & voluntas atque conventio, quæ propter rem est inutilis. Quo fit, ut quanvis postea res cœperit dari posse: tamen desit adhuc nova voluntas & nova conventio: qua non secuta, dici non potest tanquam impedimento omni amoto, quod obligationi obstabat, legatum aut conventionem convalescere debere.

XXVI. Hoc ius superiore regula constitutum excipit alia dubitatio. Constat enim regulam Catonianam de iis definire, quæ pure legata aut promissa sunt: ad conditionalia autem non pertinere. *L.* 1. *L. penult. D. de reg. Caton. d. L. cætera*, §. 1. *D. de leg.* 1. Sit ergo sane conventio inutilis, cum res pure in obligationem deducta est, quæ dari non poterat, & quanvis res postea dari cœperit, non eo magis confirmetur. At quid si quis rem sacram, aut publicam, aut fundum dotalem, aut rem litigiosam emerit, stipulatusve sit sub conditione, & pendente conditione hoc ipsum contigerit, ut res dari posset, sic deinde conditio exstiterit, an valebit conventio, neque prohibebit regula Catoniana superior, quæ conditionalia non impedit? Et consequens est superioribus valere hoc casu conventionem, & rem promissam deberi. Quod & in superioribus rebus omnibus cæteris receptum est, tantum exceptæ, quæ penitus commerciis exemptæ sunt. Et in cæteris quidem exemplo est res nostra. Quam placet utiliter stipulari nos, aut emere sub conditione, si conditionis exsistentis tempore nostra non sit. *L. si rem meam*, 31. *L. existimo*, 98. *D. de verbor. obligat. L. existimo*, *D. de contrah. empt.* Etsi autem hoc fere solum traditum legimus a veteribus de re nostra: tamen definitio ad res omnes cæteras privatas, quæ dari non possunt, pertinet. Finge fundum dotalem a marito, consentiente uxore, venditum sub conditione, & exsistente conditione, desiisse esse dotalem: rem litigiosam item venditam eodem modo, & exsistentis conditionis tempore litigiosam non esse. Utilis erit venditio in utraque specie. Idemque in similibus rebus probandum est. Argumento est servus venditus, qui in fuga est. Nam & hic non magis vendi aut alienari potest pure, quam res superiores. At sub conditione venditur utiliter, si pendente conditione ex fuga receptus sit, ut iam fugitivus esse desinat. *L. in fuga*, in fin. *C. ad leg. Fab. de plag. L. quod sæpe*, §. *si quis amico*, *D. de contrah. empt.* Et ne necesse sit singulas species persequi, satis una definitione continentur omnes, cum ita definitur regulam Catonianam ad legata, & stipulationes conditionales non pertinere. *d. L. cætera*, 41. §. 1. *D. de leg.* 1. Cuius definitionis hæc est sententia, quæ sub conditione leguntur, promittuntur, in his non initium legati & promissionis spectandum esse; sed tempus exsistentis conditionis, ut ex eo tempore de vi legati aut promissionis æstimetur: ut si eo tempore res dari non possit, nihil actum sit: si dari possit, utile sit legatum & promissio. Cur hunc eventum spectari placeat in superioribus rebus sub conditione promissis, legatisve, non item cum pure promissæ sunt, aut legatæ: satis a me expositum est in legatis, in huius regulæ explicatione supra *Lib.* 8. *Cap.* 13.

XXVII. Sed valet hoc ius inquam in rebus cæteris: in rebus quæ commerciis prorsus exemptæ sunt, non placuit: ut libero homine, re sacra, religiosa, publica. Has inutiliter stipulamur, emimusque & pure & sub conditione, quanvis tempore exsistentis conditionis privatæ fuerint. Usque adeo: ut ne sic quidem liberum hominem stipulari aut emere possimus; illum cum servus erit, mihi dare spondes? ille, cum servus erit, mihi emptus est tot aureis. *L. inter*, §. *sacram*, *D. de verb. obligat.* §. *item contra*, in fin. *Inst. de inut. stip. L. si in emptione*, §. *liberum*, *D. de contrah. empt.* Differentiæ ratio exposita a Paulo in *d.* §. *sacram*, quod scilicet liberi hominis & superiorum rerum status non fere mutari soleat sine mutatione & inter tu civitatis, ubi civitas venit in hostium potestatem, ibique fiunt omnia privata hostium. Hanc mutationem exspectare & turpe, & ominosum habetur. Nulla eiusmodi turpitudo, si in cæteris rebus privatis promittendis adiiciatur ea conditio, qua hæc mutatio exspectetur, cum conditione sua ad has mutationes comparatæ sint: sic itaque eveniet, ut re quæ dari non potest, in obligationem deducta, iam statim ab initio inutile sit, quod gestum est; nec quanvis mutata conditione rei tractu temporis convalescat, sive res commerciis exempta promissa sit, quocumque modo sit promissa vel pure vel sub conditione; sive promissæ sint res cæteræ, dum promissæ pure, non sub conditione.

XXVIII. Ad quod probandum, etsi sufficiebat regula Catoniana superior; tamen veteres hoc loco etiam hoc argumento usi sunt, ut dicerent adeo superius illud, atque adeo regulam ipsam Catonianam in his rebus veram esse, ut licet initio utili-

ter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in eam caussam sine facto promissoris devenerit, ut dari non possit, extinguatur stipulatio. Et quanvis, mutata conditione, in pristinum statum redierit, non eo magis restituatur obligatio semel exstincta. Hoc in *d. L. inter*, *§. sacram*, *de verbor. oblig.* *§. item contra*, *Inst. de inut. stipul.* Argumentum superioris sententiæ certissimum. Facilius enim impeditur quid ne fiat, quam rite contractum dissolvitur. *L. patre*, *D. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Quare si stipulatio ab initio de rebus recte contracta resolvitur, cum res cœperit dari non posse; multo magis si ab initio dari non poterit, inutilis erit stipulatio, in quam ea res deducta est. Ut appareat, si ita stipulatio exstinguitur, ut supra diximus, hanc liberationem & interitum obligationis apposite hoc loco ad eam confirmationem attingi. Sed si quæratur, verumne sit isto casu exstingui obligationem ab initio contractam, & quæ sit istius interitus ratio: quæstio est non huius loci, sed ad liberationes & solutiones obligationis. Ad quas & hic locus remittendus est.

XXIX. Hactenus res, quæ dari non possunt, quæ quatenus in obligationem deduci non possint, dictum est. Aliæ sunt res, quæ dari possunt, in quo numero cum a prioribus discesseris, sunt omnes reliquæ. De his contraria superiori definitio est: quæ dari possunt, easdem utiliter in stipulatum & conventionem deduci posse. *L. si stipulor*, *D. de verbor. obligat.* Generalis hæc definitio est, & ad omnes res huius generis pertinet. Itaque nihil interest, utrum corporalis res sit, an incorporalis. Incorporales res, ut suo modo constitui & dari possunt, ita ut dentur, utiliter in obligationem deduci, sive legentur, sive promittantur, emanturve. Huius generis sunt, [12] servitutes, actiones, hereditas. Servitutes ut ususfructus, usus, habitatio, item servitutes prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum ut dantur, sic in caussis dandi ipsa datio testamento, aut inter vivos stipulationibus & pactionibus perfici solet. Ut intelligamus illarum rerum stipulationes, emptiones, conventionesque, omnes ad transferendum comparatas non aliter valere, quam si de re corporali idem factum esset. *L.* 3. in princ. *D. de usufruct.* *L. via*, 7. *D. de servit.* *L. si unus*, *D. de servit. rust. præd.* Sic & actionis nostræ, & hereditatis quæ nobis obvenit, utilis venditio est, omnisque alia conventio earum rerum transferendarum caussa. *tot. Titul. D.* & *C. de her. vel act. vend.* *L.* 2. *C. de oblig. & act.* *L. pen. C. quand. fisc. vel priv.* *L. debitori. C. de pact.*

XXX. Sed & in rebus corporalibus, quæ dari possunt, nihil interest, ut utiliter in conventionem dandi deducantur, sintne promissoris, an alienæ. Etiam aliena res utiliter in stipulatum deducitur. *L. continuus*, 137. *§. illud.* in fin. *D. de verbor. obligat.* Non obstat stipulationi, quod qui rem promittit stipulanti, promittit se daturum, id est omnimodo facturum accipientis. *L. ubi*, *§. ult.* *D. de verbor. obligat.* Quod qui dominus non est, facere non potest. *L. traditio*, *D. de acquir. rer. dom.* *L. nemo plus*, *D. de reg. iur.* Sane enim promissor quamdiu non est dominus, rem alienam promissam dare non potest. Sed potest dominus fieri eam a domino [13] redimendo. Quod si facit, bene est. Si non facit, sive quod cessat emere, sive quod dominus rogatus non vult vendere, aut nimio vendit, præstabit æstimationem; ut fit in re aliena legata. *§. non solum*, *Instit. de leg.* Nec dicetur præstatio esse impossibilis, eoque & conventio inutilis, quo casu dominus rem omnino non vendit. Est enim hoc incommodum personæ promissoris, non impedimentum naturale. Ipse enim promissor eam rem dare non potest, quia eam non habet: at ipsa res per se potest dari. Cum quæritur, an quis ideo non teneatur, quia quid præstare non potest, placet inspiciendum esse, non quid ipse non possit, sed quid non possit in totum natura & conditione rei promissæ: ut solum hoc impedimentum quemadmodum impossibilem præstationem facit, ita & solum promissionem inutilem. *L. continuus*, *§. illud*, *D. de verb. obl.* Similiter & rem alienam distrahere quem posse constat, ut sit eius rei emptio & venditio. *L. rem alienam. D. de contr. empt.*

XXXI. Sed in emptione quædam res alienæ exceptæ sunt. In hac caussa sunt res furtivæ. Rei furtivæ inutilis venditio est, sive venditor & emptor furtivam sciant, sive [14] emptor solus. Si venditor scit, & emptor ignorat, utrinque obligatio con-

12) Vendi quoque possunt officia ac militiæ, de quo vid. Cuiac. *consul.* 38.

13) Vid. P. Fab. 2. *Semestr.* 17 Gœd. *de Contr. stip.* *C.* 6. *n.* 10. *& seqq.* Fabia. de Monte *Tr. de Empt.* *Q.* 4. *princip. n.* 7. *&* 2. *seqq.*

14) Ut magis attendatur emptoris quam venditoris scientia, quia perficit contractum. Mozz. *de Contract. in genere Art.* 7. *n.* 9. *& seqq.*

contrahitur. *L. si in emptione*, §. *item si*. *D. de contr. empt.* Sic tamen, ignorante emptore, hic emptio est, non ut præstetur ei res furtiva; alioqui & ipse furtum faceret, si monitus alienam esse, eam contrectaret: sed ut consequatur, quod sua interest deceptum se non esse; ut in liberi hominis, rei sacræ, aut religiosæ venditione fieri diximus. *L. qui officii*, §. 1. *D. de contr. empt.* Excipiendarum harum rerum ratio duplex. Una, quod si sciunt has res esse furtivas, iis qui sciunt turpis & flagitiosa venditio est, qui aut dando aut accipiendo furti se alligant. Rei turpis venditio non est, uti nec mandatum, aut societas. *L. quod sæpe*, §. *veneni*. *D. de contr. empt. L. si remunerandi*, §. *rei turpis*, *D. mand.* Altera ratio, quod rerum furtivarum conditio pugnat cum fine & natura emptionis. Nam in emptione, etsi satis est venditori ad liberationem rem venditam præstare, quanvis dominium non transferat, tantum ut eo nomine obligetur ad evictionem: *L. ex empto*, in pr. *D. de act. empt.* nihilominus tamen id agitur, ut transferatur dominium aut saltem usucapiendi conditio. De qua autem re id agitur, ut neutro modo ad emptorem transeat, ea non potest videri vendita. *L. clavibus*, *L. pen.* §. *ult. D. de contr. empt.* Porro rerum furtivarum neque alienatio est, quia tradenti sunt alienæ; neque usucapio, quia earum rerum usucapio inhibetur. §. *furtivæ*, *Inst. de usuc.* Qua ratione moveor, ut idem putem probari debere de rebus vi possessis, rebus pupilli, & præsidi contra legem Iuliam repetundarum datis. Quarum & ipsarum interdicta est usucapio. *d.* §. *furtivæ*, *L. bonæ*, in princ. *D. de acq. rer. dom.* Ad hanc caussam recte retulerimus frumentum publici canonis, & frumentum quod exercitui mittitur, quorum venditionem severe interdictam legimus pœna capitis adversus vendentes & ementes constituta in *L. pen.* & *L. ult. C. quæ res vend. poss.* Nam & hæc frumenta si tractantur lucri faciendi caussa, fiunt furtiva. Sed accedit ad gravitatem criminis, quod cum sint publice constituta ad rempublicam aut exercitum alendum, sine pernicie reipublicæ fraudari non possunt. Sed hæc de emptione rerum furtivarum, & similium privatarum dicta sunt.

XXXII. Diversa caussa est stipulationis, si quis forte istas res stipulatus sit sibi dari. Nam in verbo dandi inest conditio, ut aut dentur ipsæ, si possunt; quod fiet, cum reversæ in domini potestatem ab illo redemptæ fuerint: aut præstetur æstimatio, ut fit in rebus alienis legatis, quas heres redimere non potest. *d.* §. *non solum*, *Inst. de leg.* Atque hæc rerum conditio est, ut ex hac res utiliter in obligationem deduci possint, aut non possint.

CAP. XXI.

Quæ facta in obligationem deduci non possint. His deductis, quomodo infirmetur conventio, iure ipso, an per exceptionem.

Facta etiam recte & utiliter in stipulationem venire, si ea sint conditione, ut fieri possit. I.
Quominus fieri possint, ius & naturam esse impedimento. II.
Natura fieri non potest, ut qui Romæ cum sit, spondeat hodie Carthagine se soluturum. Inutilis hæc stipulatio. III.
Contrariis occurritur. IV.
Iure fieri non possunt quæ sunt contra leges aut bonos mores. V.
Adversus leges facimus, cum quid in verba, aut sententiam legis admittimus, Exempla utriusque. VI.
Contra bonos mores, cum per se & iure naturæ turpia, aut quæ talia habentur iure Civili stipulamur. Quæ sint utriusque generis. VII. & seqq.
Pecuniæ vel cuiusque, rei promissio quæ ad delictum quomodocunque pertinet, a iure civili improbatur. Tres id genus species. VIII.
Interdum habet conventio & promissio præteriti delicti præmium, Et quæ sit talis. IX.
Interdum præsentis confirmationem: cum pecunia datur aut accipitur, ut quis a delicto abstineat, Quæ in utroque dante & accipiente notatur turpitudo, X.
Interdum futuri invitamentum. Quæ sit eiusmodi. Quotuplex invitamenti modus ad delinquendum. XI.
Inhonestarum rerum & turpium inutilis stipulatio; & præterea emptio, societas, mandatum; ideoque & pœnæ quæ stipulationi accesserit, nulla debitio. XII.
An id genus stipulationis ipso iure inutiles, an per exceptionem: interest utrum sint contrariæ bonis moribus, an civilibus legibus. XIII.
Quæcumque est contra leges inita stipulatio & conventio ipso iure nulla, nisi sententia legis aliud iubeat. XIV.
Aliud velle atque iubere legis sententiam in Macedoniano & Velleiano SS. CC. & quomodo. XV.
Stipulationes & conventiones initæ contra bonos mores, quandiu tales, omnimodo & semper ipso iure irritæ & inutiles. XVI.
Contraria diluuntur. XVII. XVIII.
Omnia illa facta in stipulationem conditione sua utiliter deduci, quæ, natura & iure permittente, perducuntur in opus, XIX.

I. HÆc de rebus promissis. De factis ad vim conventionis idem ius, atque eædem sunt leges. Etiam facta in stipulatum, & conventionem omnem utiliter deducuntur, ut si quid quis promiserit se facturum aut non facturum, obligetur, *§. ult. Inst. de verbor. oblig.* Faciendi exempla sunt in *L. stipulationes non dividuntur*, 72. *D. de verbor. obligat.* Non faciendi in *L.* 2. *§. penult. & ult. L.* 3. *L.* 4. *eod. tit.* Sed hæc omnis rata est conventio eadem conditione, qua cum res dari promittitur; si fieri possit videlicet, quod promittitur. Quod fieri non potest, si promittitur, ea omnis inutilis stipulatio & conventio est. *L. si stipulor*, 35. *D. de verbor. obligat.* Pertinet enim & hoc ad regulam generalem iuris, impossibilium nullam esse obligationem.

II. Fieri aliquid non posse intelligitur dupliciter: & quod natura non potest, & quod non potest iure. Nam & quæ sunt contra leges aut bonos mores, denique quæ honeste facere non possumus, ea nec nos facere posse credendum est, auctore Papiniano. *L. filius, D. de condict. inst.* Ideo utriusque generis promissio æque inutilis. *d. L. si stipulor*.

III. Natura fieri non posse dicimus, cui natura impedimento est, quominus existat, ut de impossibili conditione definitio est in *§. si impossibilis, Inst. de inut. stip.* Veluti, si quis promittat se ascensurum in cœlum, & nisi ascenderet, promiserit pœnam. Sed hoc exemplum inutatius est, neque hoc genus facti inter sanos aut sobrios promitti solet. Illa non est inusitata conventio, ut quis cum esset Romæ,

mæ, promittat se [1] hodie Carthagine daturum. In qua specie duobus locis traditur stipulationem esse inutilem. *L.* 2. §. *qui ita*, *D. de eo quod cert. loc.* & §. *loca*, *Instit. de verbor. obligat.* quo in loco posteriore adiicitur hæc ratio, quia repromissio sit impossibilis. Habet tamen hæc species dubitationem, quam quia conveniebat huic loco explicari, ideo etiam in hac re libentius hoc exemplo sum usus.

IV. Contrarium scriptum videtur in *L. insulam*, §. 1. *D. locat.* ubi proponitur in operis locatione convenisse, ut opus intra certum diem effici deberet, intra quod natura non poterat. Placet tamen obligationem contrahi hactenus, ut, die adiecto detracto, detur conductori id spatium ad opus absolvendum, de quo vir bonus æstimasset. Sed nihil hic contrarii. In hoc enim exemplo posteriore duæ sunt conventiones, locatio operis instituti, & conventio de tempore operis perficiendi. Ipsa locatio operis nihil impossibile continet. Ideo & per se valet. Conventio de tempore perficiendi, quia impossibilis, ideo, & inutilis. Quæ res facit, ut & hic dies pro non adiecto habeatur. Neque tamen ideo inutilis locatio: quia detracto adiecto die manet id tempus, quo per rerum naturam opus absolvi potuit. Ac de eo sensisse contrahentes videntur, inter quos apparet id actum esse, ut opus absolveretur. In hac autem stipulatione, hodie Carthagini dabis? non sunt duæ stipulationes, sed una, ut hodie detur, non alio tempore. Sed de eo scripsi plura ad *L. ult. §. pen. D. de verbor. oblig.*

V. Iure fieri non possunt, quæ leges fieri prohibent, aut boni mores. Nam & boni mores optima pars sunt iuris, ut qui nascuntur ex iure naturali & gentium maxima ex parte. In hoc numero ponuntur in *L. 6. C. de pact.*

VI. Lex fieri quid prohibet, sive prohibeat aperte verbis, sive tantum legis sententia. Ex quibus in usu iuris illud si fiat, dicitur fieri contra legem; hoc magis in fraudem legis. *L. contra*, *L. fraus*, *D. de leg.* Utriusque generis promissio ex æquo inutilis. *L. non dubium*, *C. de legib.* Quæ sint in ea caussa conventiones, ex unaquaque lege sumendum est, quæ sunt innumeræ. Uno, aut altero exemplo contentus ero. Contra legem hæc stipulatio est, si minor viginti annis promittat se servum suum manumissurum, quod lex Ælia Sentia prohibet, §. *eadem*, *Inst. quib. ex cauf. man. non lic. L.* 1. *D. de man.* In fraudem huius legis est, si idem minor stipuletur a debitore suo servum debitum manumitti. Qua de caussa & hanc stipulationem inutilem esse placuit. *L. si minor*, 66. *D. de verb. obligat.* ideo autem in fraudem legis, quia nihil hic fit adversus verba legis, quæ vetat, ne minor viginti annis dominus servum suum manumittat. Nam debitor non est minor, & id agitur, ut manumittat servum suum, non servum minoris. Sed conventio est adversus legis sententiam. Id autem est in fraudem legis. Hac enim conventione efficitur, ut minor careat servo, qui eius futurus erat, si ei solutus esset. Legis autem propositum fuit cavere, ne minores facile servorum suorum dominio exciderent propter manumissiones, quas ab illis facile eblandirentur servi.

VII. Contra bonos mores sunt stipulationes & conventiones, in quibus promissio seu præstatio est turpis, & cum maleficio coniuncta. *L. si quis inquilinos*, 112. §. *penult. D. de legat.* 1. Hinc turpes stipulationes & conventiones pro eodem, cuius generis placet omnes esse inutiles. *L. generaliter*, 26. *D. de verbor. oblig.* Harum duo sunt genera summa. Quædam sunt, in quibus recta promittit quis se facturum, quod ipsum per se sit turpe. Veluti, si promittat se furtum facturum, hominem occisurum, uxorem eiecturum domo, se patrem non redempturum ab hostibus. Aut soror promittat fratri se ei nupturam. Quod exemplum est *L. si stipulor*, 35. *de verb. oblig.* Hoc genus conventiones tanquam aperte turpes, & contra bonos mores citra controversiam inutiles esse convenit. *d. L. generaliter*, 26. *L. veluti*, seq. *de verb. oblig.* At quæ sint factu turpia iuregentium, propemodum omnibus notum est naturæ lege omnium hominum mentibus insita. Unde & eorum ignorantiam obtendere non licet *L. si adulterium*. §. 1. *D. ad leg. Iul. de adult.* Non sunt in eadem caussa, quæ iure civili tantum turpia habentur. Quo in numero unum genus notandum est, & huc referri debet. Ea est Romanis conventio, qua quis obstringitur, ut aliquam uxorem [2] invitus ducat,

[1]) Si tamen aliquid promissori impossibile, alii autem possibile, rata est stipulatio *L.* 137. §. 5. *de Verb. Oblig.* ut si utroque pede claudus spondeat se pedibus iturum Romam, Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 6. *Conclus.* 13. *n.* 174. vid. Sebast. Medic. *de Casib. fort. P.* 1. *C.* 5.

[2]) An vero maritus in conventione matrimonii, se, maxime stipulatione pœnali, adstringere possit, ut in certa civitate cum uxore habitet? Negant Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 25. Beust. *de Matrimon. C.* 32. Covar. *P.* 2. *de Matrim. C.* 7. *n.* 6. arg. *L.* 71. §. 2. *de cond. & dem.* vid. Gœdd. *d. C.* 6. *n.* 175.

ducat, aut ductam invitus retineat; aut contra ut aliqua invita nubat; aut invita maneat in matrimonio. Libera matrimonia esse Romani honestum putaverunt sive futura, *sive iam* * *contracta*. *Necessitatem* autem contrahendi *retinendive* matrimonii *inhonestam*, *eoque & contra bonos mores*. L. 2. C. de inut. stip. *L. Titia*, 134. *D. de verb. obl.* sive quod existimarent matrimonia virtute & amore atque officiis conciliari oportere inter coniuges, sive quod iudicarent invitos cogi ad matrimonium inter se contrahendum aut retinendum, magnarum rixarum & multorum malorum caussam esse, ac plenum tristissimi exitus. Ideo etiam pœnam omnem adstringendi matrimonii caussa sive futuri sive iam contracti, inhoneste & contra bonos mores promitti censuerunt. *d. L.* 2. *C. de inut. stip. d. L. Titia, de verbor. obligat.*

VIII. Atque hoc primum genus turpium stipulationum, de quo minor est dubitatio. Est alterum earum, quibus recta promittitur pecunia, & res aliqua iuris nostri, quæ honeste per se ut præstari, ita & promitti potest: sed promissio ad delictum aliquod creandum, aut stabiliendum pertinet. Huius generis tres sunt species, in quibus totidem accidit, ut stipulatio & conventio sit inutilis. Aut enim conventio eiusmodi habet præteriti delicti præmium, aut præsentis & meditati confirmationem, aut invitamentum futuri.

IX. Præmium habet delicti præteriti, qua quid promittitur propter delictum iam admissum; veluti, si promittam tibi centum, quia uxorem domo eieceris, quia hominem occideris. Etiam hanc promissionem inutilem esse placuit; tametsi non invitet delictum, quippe quod iam præterit. 3 *L. si flagitii*, 123. *D. de verbor. oblig.* Merito. Delictum enim pœna affici oportuit, non præmio. Quinimo publice interfuit potius delictum coerceri. *L. ita vulneratus*, circa fin. *D. ad leg. Aquil. L. locatio*. *§. quod illicite*, *D. de publ.* Sed & præmio confirmatur malorum improbitas ad idem magis audendum.

X. Præsentis delicti confirmationem habet omnis conventio, qua alicui turpe quid facere instituenti promittimus 4 pecuniam, ne faciat. Ut, ne hominem occidat, ne quem iniuste verberet. De quo genere est in *L. iurisgentium*. *§. si ob maleficium*. *D. de pact.* & traditum nullam esse obligationem ex hac conventione. Simile est, si cui rem mihi surreptam vel commodatum aut depositum quod a me acceperat, reddere detrectanti, promittam pecuniam, ut reddat. Si quid darem eo nomine, non dubitatur, quin daretur ob turpem caussam, cuius turpitudo versetur in accipiente. *L.* 2. *L. ult. D. de cond. ob turp. causs.* Quare & si quid promittetur eadem de caussa, ob turpem caussam promitti intelligendum est. Est enim hic promissi eadem turpitudo. Quæ res facit, ut quanvis a maleficio abstinueris re vera, aut commodatum, & depositum reddideris, ut volebam, nihilominus tibi obliger ex superiore conventione. *L. penult. D. eod.* Quid ergo in his factis turpe; cum sit honestum potius maleficium non facere, commodatum & depositum reddere? Turpitudo hæc est, quod hoc ipsum turpe est accipere velle, ut ista facias, quæ gratis & sponte a te præstari oportebat. Sic enim ostendis, nisi quid accipias, te maleficium facturum, te commodatum aut depositum non redditurum. Hanc cogitationem, & propositum malum promissione mea confirmo, dum quantum in me est, concedo tibi facere, nisi accipias: ac propterea ne facias, improbæ petitioni tuæ morem gero vel dando, vel promittendo.

XI.

3) Flagitium in d. *L.* 123. specialiter significat stuprum. Cujac. *ibid.* ut alibi *L.* 1. *in fin. de extr. crimin.* Paul. 4. *Sent.* 8. §. 15. Apulei. *Lib.* 8 *Metamorph.* Et flagitare significat vitium inferre seu stuprare in *L.* 2. §. *pen. de priv. delict.* Festus *Lib.* 9. Forner. 2. *Select.* 11. Rævard. 1. *Conject.* 5. *&* *ad L.* 130. *de Reg. Iur.* Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 30. Fopp. ab Aezema 1. *Differt. ultim.*

4) Non pactis, sed pudore & officio ac legum metu a maleficiis temperare decet, Hotom. *ad L.* 7. §. 3. *de pact.*

(*) Libere contrahi matrimonia est utique moribus omnium gentium, ideoque rationi, atque honestati maxime consentaneum. At eadem contracta dissolvi pro libidine contrahentium, idque ius honestumque velle, contrariamque necessitatem bonis moribus adversari quis cordatus afferat, nisi cuio ratione infaniat? Fuerit hæc apud Romanos illorum morum & temporum consuetudo, quorum nimiam licentiam libero & gravi stilo perstringens Tertullianus, *Apolog. Cap.* 6. ad prisca Romanæ Reipub. tempora ac mores ita provocat: *Ubi est illa felicitas matrimoniorum de moribus utique prosperata, qua per annos fermo sexcentes ab Urbe condita nulla repudium domus scripsit. Nunc in fœminis præ auro nullum leve est membrum; præ vino nullum liberum est osculum: repudium vero iam est votum, & quasi matrimonii fructus.* Utcunque tamen ea de re statuant Romanorum leges, lubet usurpare quod vere & graviter in hanc eamdem sententiam scripsit D. Hieronymus: *alia sunt leges Cæsarum; alia Christi: aliud Papinianus; aliud Paulus noster præcepit.* Porro sanctissima Christianorum Religio, quæ matrimonii coniunctionem, *Sacramenti* dignitate & sanctimonia consecratam decoratamque a Christo domino accepit; dissolvendi matrimonii libertatem, ut nefariam atque impiam detestatur: & Coniugii vinculum, quod nulla lex humana frangere valeat, firmissimum & insolubile divino oraculo edocta profitetur. Concil. Trident. *Sess.* 24. *Can.* 7. Vid. Emin. Bellarmin. *De Matrimon. Sacram. Controv.* 5. *Cap.* 16. Cl. Laur. Berti De Theologic. Discipl. *Lib.* 37. *Cap.* 5.

XI. Invitamentum delicti futuri habere eas conventiones dicimus, in quibus lucri aut commodi alicuius promissi spes creditorem ad delinquendum invitat. Huius generis omnes & turpem caussam habere, & ob id non esse servandas receptum est. *L. si unus, §. pacta, D. de pact. L. illud, D. de pact. dot.* Fit autem dupliciter, ut conventio incitamentum in se habeat delicti. Uno modo, cum aperte & consilio paciscentium aliquid promittitur ob turpem caussam, seu ea gratia, ut turpe aliquid fiat. Altero, cum abest a conventione, & cogitatione contrahentium omnis delicti significatio: res autem ipsa in sese eam illecebram delicti habet. Prioris generis conventio quæ sit, non est obscurum. Ea est huiusmodi, si, puta, promittam tibi, ut lenocinium facias, ubi tu spe promissi invitaris, ut facias. Huiusmodi conventiones ut ad delictum invitandum aperte comparatas pro certo est non esse servandas, quanvis tu promissum feceris. *L. mercalem, C. de cond. ob turp. causs. L. penult. D. eod. L. si flagitii, 123. D. de verbor. obligat.* Quæ autem conventiones cum a cogitato aut significato delicto absint; tamen re ipsa ad delinquendum invitent, & eo nomine improbentur, non similiter certum est: ratione & auctoritate iurisprudentium constat. Sunt autem ex hoc genere improbatæ veteribus duæ, quarum improbandarum rationem ad hanc partem referri oportet. Una, cum quis promittit alicui se eum 5 heredem facturum. Placet hanc conventionem tanquam contra bonos mores factam, nullius esse momenti. *L. stipulatio hoc modo, 61. D. de verbor. obligat. L. ex eo, C. de inutil. stipul* Et tamen nihil hic amplius turpis caussæ adiectum est, nec ipsum per se turpe est aliquem heredem facere. Sed ipsa conditio rei promissæ invitat per se delictum, quamvis nihil a principio tale cogitarit etiam is qui euravit sibi id promittendum. Hic enim promittitur commodum hereditatis, quod multos permovet. Habet autem id hanc conditionem, cum promissor mortuus erit. Ea re fiet, ut is cui promissum est, optet illum mori, quo citius hereditate potiatur. Hoc desiderium etiam 6 votum improbabile captandæ mortis ingenerare poterit. In quo iam mani-

5) Locus hic sese latissimum offert dicendi de pactis, ut vocant, successoriis. Sed & ex commentariis Donelli nostri ad *L. ult. m. C. de pact* quædam de iisdem referre & hic prætermissa supplere facile esset. Sed festinandum mihi video, simulque verendum ne si ubique immorari vellem in accersendis iis, quæ Donellus in his Commentariis non plene persequitur, sed nude attingit, iusto maior reddatur prior pars huius epitomes. Adeat, cui lubet, sitim suam in hac materia expleturus, præter Auctores qui ex professo eam tractant, quorum novissimus Barthol. Musculus *de Success. convent. & anomalis*, illos referam quos ipse adii antea, neque alium ullum unqnam soleo: Corasi. 6. *Miscel.* 9. *& Epistol.* QQ. C. 32. P. Gregor. 41. *Synt.* 3 *& seqq.* Forst. *lib.* 4. *de Success. Cap.* 24. *n.* 5. *& seqq.* Io. Dauth. *de Testam. n.* 84. *& seqq.* P. Ant. de Petra *de Fideicom. ex prohib. aliena*, Q. 4. Fachin. 5. *Contr.* 84. *& seqq.* P. Heig. *P.* 1. Q. 23. Thoming *Decis.* 57. Gœd. *ad L.* 3. *de V. S. n.* 38. *& seq.* & de *Coner. Rip. C.* 6. *Conclus.* 7. *n.* 60. *& seqq.* Borch. *de Gradib. pag.* 158. *& seqq.* Val. Guil. Forst *de Pact Cap.* 6. *pag.* 147. *& seqq.* Hartm. Pist *Lib.* 4. Q. 5. *&* 7. *seqq.* An iuramento confirmentur tractans Donellus noster ad *d. L. ultim. n.* 11. id negans, & A. Fab. 12. *Err. Pragm.* 3. Vasq 3 *Contr. usufreq.* 58. *n* 40. Tessaur. *Decis.* 225. *n* 6. qui distinguit, & Ierem. Setser. *Lib.* 2. *de iuram.* C. 5. An consuetudine? Gilken. *de Proscript. P.* 3. *Cap.* 3. *n.* 99. *& seqq.* loquens tamen potissimum de cooptatione liberorum. De pactis de non succedendo, seu renunciationibus hereditatis Covar. *in Cap. quamvis de pact in* 6. *P.* 3. *relect.* Vasq. *Lib.* 2. *de Success. creat.* §. 18. *&* 3. *Contr. usu freq.* 43. *&* 2. *seqq.* Gumez. *in L. Tauri* 22. Beust *ad L.* 1. *de Iureiur. n.* 223. *& seqq.* M. Anton. Cucch. *Ir. de Legitima pag.* 378 *& seqq.* A. Fab. 12. *Decade Error Pragm.* 3. *& seqq & Decade* 13. *&* 14. *passim.* Bart Musculus *d. Tr. Memorato* 2. *Cl.* 1. *Conclus.* 4. De huiusmodi renunciatione iurata, præterea Ant. Fab. 41. *Error. Pragmat.* 5. Fachin 3. *Contr.* 22. *& in seqq.* de aliis ad materiam *Cap. quamvis de pact. in* 6. spectantibus. De renunciatione filiæ dote accepta Fachin. 8. *Contr.* 69 *&* 2. *seqq.* Ant. Fab. 13. *Conject.* 13. De renonciatione legitimæ Chiflet. *de Portion. legitim. C.* 16. *pag.* 845. *& seq.* De pactis principum gentilitiis, Heig. *d. Quæst.* 23. Reusner. *Lib.* 1. *Consil.* 3. Andr. Kolch *de Saxon. non provoc. iure* verbo *Electorum. Cap.* 2. *n.* 60. *& seqq.* quæ ideo valere tradit *n.* 94. *& seq.* quia inter milites pacta de mutua successione licita. *L.* 19. *C. de pact.* Principes autem imperii semper militant, & *n.* 98. *ac seq.* quia ratio prohibitionis, quod stulti sint qui inter vivos de hereditate sibi prospiciunt, libertati testandi renuntiantes, sibique insidias creantes, cesset in feudis, de quibus testari non licet.

6) Hæc ratio vulgo adferri solet, ut & illa quod homini libero libera facultas testandi non sit adimenda. Quod huc absurdissime trahi scribit Wes *Cons.* 71 *n.* 7. quia etiamsi valerent, non aliter tamen, quam in vim ultimæ voluntatis sustentarentur, adeoque mutari & revocari possent. Sane genuina, &, si non unica, certe præcipua huius improbationis ratio mihi semper visa est; quæ habetur in *L.* 5. *C. de pact. convent.* & traditur a Wes. *d. loc. n* 8. *&* 9. Tessaur. *Decis* 225. *n.* 2. Heig. *d.* Q. 23. *n* 9. Fachin. 5. *Contr.* 84. *in fin.* quia pactis hereditas non datur, id est, quia alii modi solemnes res suas post mortem relinquendi instituti sunt. Propterea novos, nec legum auctoribus receptos aut cognitos, excogitare non licet. Eadem enim solemnia postularet eiusmodi pactum, in effectu idem quod testamentum disponens, eiusdemque momenti ac præiudicii. Alioqui leges testamentarias de solemni ritu & observatione eludere promptum esset. Atqui de illis pactorum solemnibus nulla lex aut constitutio, nec res naturæ plane diversæ, pactum & ultima volontas, confundendæ. Quibus addi potest, quod alias iniuria fieret legitimis heredibus, quibus successio auferretur; nec ipsi contravenire possent, nulla legum querela aut remedio, ad infirmandum eiusmodi pactum, prodito. Sic sæpe alienis opibus inhiantes, si ultimam voluntatem ementiri non auderent, pactum de successione sibi relinquenda se cum defuncto iniisse, post illius obitum, cum voluntas eius explorari amplius nequit, fingerent, ac emendicatis duorum triumve testium suffragiis, vel falso efficto instrumento, probarent. Denique mos retinendus est fidelissimæ vetustatis *L.* 18. *C. de testam.* ac certis formulis conclusa facultas de successione disponendi, extra quas nihil agitur. Non obstat *L.* 15. *C. de pact.* qua superior vulgata DD. ratio contineri videtur. Nam, puto, ibi duplicem quæstionem decidi, quod series sermonis arguat. 1) An tale pactum obligationem producat. 2) An si non producat, eo facto sibi paciscens ius testandi ademerit, tanquam qui se indignum reddiderit legis beneficio, quo ipse uti detrectavit, novo & peculiari sibi invento. Ad utramque quæstionem negative respondetur.

manifesti delicti incitamentum cernitur. Significatur hæc ratio in *L. de fideicommisso. C. de transf. L. ult. C. de pact.* Altera conventio est, cum quis advocato, aut procuratori litis, qui & ipse advocati nomine continetur, promittit non pecuniam certam salarii nomine, sed certam partem eventus litis, seu certam partem commodi, quod partum erit ex victoria: ut si ita promittam, si vinco, cedet tibi tertia, vel dimidia pars emolumenti. Hanc quoque conventionem tanquam bonis moribus repugnantem inutilem esse placuit. *L. 1. §. si cui, D. de extraord. cognit. L. sumptus, D. de pact. L. salarium, 17. D. mand.* Hoc ideo, quod advocatus id lucrum propositum habens dumtaxat ex victoria, finget & molietur quidvis, ut vincat, quo iure, quave iniuria, quo ex victoria speratam prædam auferat. Scitur autem satis, quam variæ & multiplices sint artes improbis hominibus in captionibus iudiciorum exercitatis ad ius adversarii subvertendum, ubi aliquid uberius ex ea re sperare cœperint.

XII. Hæc sententia de illicitis, & turpibus conventionibus, qua placere diximus has esse inutiles, generalis est, pertinetque non ad stipulationes tantum; quarum maxime exemplis usi sumus; sed etiam ad omnes alias conventiones, ac præcipue ad contractus iurisgentium, qui consensu solo perficiuntur, qui iidem sunt bonæ fidei. Hinc illa; rei turpis, & inhonestæ nullum esse mandatum; nullam societatem aut communionem; nullam emptionem & venditionem. De mandato est in *L. 6. §. res turpis, D. mand. §. illud, Institut. eod.* De societate & communione in *L. quod autem, L. nec prætermittendum, D. pro soc. L. 1. §. plane, D. de tut. & rat. distrath.* De emptione & venditione in *L. quod sæpe, §. veneni. D. de contr. empt.* Has conventiones cum non valere dicimus, non modo ipsas per se principales superiores non valere, ut ex his promissum, aut id quod interest, peti possit: sed ne pœnam quidem deberi, si adiecta sit, ni illa fierent: scilicet quia & pœnæ stipulatio turpis est & illicita, quæ rei turpi & illicitæ subiecta est. Huc enim spectat, ut vinculo pœnæ obstringat faciendi necessitatem. Hoc de pœna illarum conventionum licet animadvertere traditum, & exemplis illustratum in his locis. *L. stipulatio hoc modo, 61. L. Titia, 134. in pr. D. de verb. obl. L. 2. C. de inut. stip.*

XIII. Quæsitum est, utrum huius generis stipulationes ipso iure inutiles sint, an vero ita iure valeant, ut infirmentur tantum per exceptionem. Quæstio explicatu indigens, quia videntur de eo dissentientia esse scripta a veteribus. De quo etsi scripsi alias & ad *L. pacta, 6. in extremo, C. de pact.* & fusius ad *L. generaliter. 26. D. de verbor. obligationib.* tamen hoc loco conabor brevius & dilucidius tradere. Alia caussa est earum conventionum, quæ sunt contra leges; alia turpium, & earum quæ sunt contra bonos mores. Priores inutiles ipso iure, exceptis duabus. Posteriores ipso iure inutiles sine exceptione, quandiu tales esse constabit ex genere conventionis.

XIV. Quæcunque conventio est contra leges, aut in fraudem legum, nisi quid aliud appareat de sententia legis, ea ipso iure est inutilis: quia quod fit lege prohibente, placet pro infecto haberi. *L. non dubium, C. de legib.* congruit *L. iurisgentium, §. si paciscar, D. de pact.* Sed hoc ita est, inquam, nisi appareat aliud sensisse legem, quæ quid fieri aut contrahi vetuit. Nam hoc cum fit, quæstio tollitur, & legi standum est.

XV. Sunt autem quædam senatusconsulta ita scripta, ut cum prohibeant quid geri inter aliquos; tamen patiantur inde obligationem nasci summo iure, sed auxilium adferant per exceptionem. Ea senatusconsulta sunt duo. Macedonianum de pecunia filiofamilias credita, & Velleianum de intercessionibus mulierum. Macedonianum non vult pecuniam credi filiofamilias: verum ita, non ut vetet recta credi, sed ut si credita sit, iubeat sine effectu esse mutuum. Tantum enim cavit, ne eo nomine actio petitiove daretur. *L. 1. D. de senat. Macedon.* Idem cautum Velleiano de mulierum intercessionibus. *L. 2. D. de senat. Velleian.* Unde intellectum est, non sic istud mutuum, & istas intercessiones prohiberi, ut ipso iure non valeant, sed ut cum iure summo processerint, & tamen placeat non esse servanda: fiat quod est reliquum, ut in re aperta denegetur actio, in re dubia sic detur, ut detur cum exceptione, ut est in *L. nam postea, D. de iur.* Ex quo exceptio Macedoniani, & Velleiani in his caussis; quæ tamen intervenisse dicuntur contra utrumque senatusconsultum. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Neque tamen hæc adversus regulam generalem *d. L. non dubium, C. de legib.* qua placet quidquid paciscimur contra ius, esse inutile, & pro infecto haberi. Proprie enim nihil istorum est contra ius, seu contra sena-

senatusconsultum, quando hæc fieri non vetantur, sed his contractis datur adversus petentem exceptio. Nec abs re, quod id ita factum est in his caussis. Nam præterquam quod non sunt per se caussæ turpes, ut propterea prohiberi debuerint: etiam multa in utroque genere incidunt, propter quæ & obligetur filiusfamilias ex pecunia credita, & mulier propter intercessionem. De quibus & iudicium constitui necesse est, & disceptari per exceptionem.

XVI. Quod attinet ad turpes conventiones, quæ eædem sunt contra bonos mores, non dubitabimus definire generaliter & sine exceptione, quod supra, omnes 7) ipso iure non valere. Neque enim aliud significatur, cum dicuntur aperte nullius esse momenti, item esse inutiles, quæ verba sunt *L. generaliter*, 26. *stipulatio hoc modo*, 61. *D. de verbor. oblig.* Id quod si dicitur de iis, quæ sunt contra leges & constitutiones, *L. non dubium*, *C. de legib.* multo magis de turpibus dicendum est, quæ sunt adversus ius gentium, idest contra legem Dei inscriptam omnium hominum cordibus, perpetuam & immutabilem.

XVII. Hic tamen loci duo dubitationem afferunt, de quibus breviter dicam. Primum *L. Titia*, in princ. *D. de verb. obligat.* ubi proponitur vir habens filiam cum muliere quæ filium habebat, in matrimonium coiisse, & tempore matrimonii consensisse, ut filia mariti desponderetur uxoris filio, & adiecta pœna, si quis eorum parentum impedimento fuisset nuptiis. Respondit Scævola, quanvis filia noluisset nubere, tamen pœnam, quæ non secundum bonos mores interposita esset, non deberi: petenti autem exceptionem doli mali obstaturam. Sed non est hæc stipulatio recta contra bonos mores. Ideo Scævola non dicit esse contra bonos mores, sed non esse secundum bonos mores. Id autem ita intelligere possumus. Ea pœnæ stipulatio in matrimoniis contrahendis sola existimatur contra bonos mores, quæ libertatem matrimonii iungendi aut solvendi impedit. *L.* 2. *C. de inut. stipul.* Superior stipulatio non est eiusmodi. Non enim interposita est inter coniuges, qui libere possunt non contrahere nuptias, iuncti possunt alter ab altero discedere. Nec metuent pœnam, qui eam invicem non promiserunt. Pœna ad parentes tantum pertinet, qui nuptias cogere, aut inter invitos retinere non potuerunt. Sed tamen ideo videtur stipulatio non esse secundum bonos mores, quia prope est, ut eumdem exitum habeat, atque si inter ipsos coniuges esset interposita. Verisimile est enim fore, ut liberi metuentes, ne parentes in pœnam incidant, ultro subeant & retineant nuptias, quas alioqui subituri, aut retenturi non essent. Hinc obligatio summo iure nata; sed quæ infirmetur per exceptionem.

XVIII. Alter locus contrarius est *L. penult. D. de cond. ob turpem caus.* ubi Paulus ita scribit: *si quid promissum sit ob turpem caussam Titio, quamvis si Titius petat, exceptione doli aut in factum summoveri possit: tamen ex ea caussa solutum repeti non posse.* His verbis vix est, ut Paulus de alia stipulatione loqui intelligatur, quam de turpi. Nam cum quid aperte promittitur ob turpem caussam, velut ut lenocinium facias, nemo dubitat quin sit turpis & flagitiosa conventio. *L. merealem*, *D. de cond. ob turpem caus.* Hic tamen Paulus ait petentem exceptione summoveri posse. Sed non omnis stipulatio, qua quid promittitur ob turpem caussam, conceptione ipsa est turpis. Tunc turpis est, cum nominatim caussam turpitudinis in se comprehensam habet. Quod fit, cum non simpliciter quid promittitur, sed nominatim adiecta caussa, ut turpe quid facias. Quod si simpliciter tibi promittam centum, nulla caussa turpi expressa; quanvis in re ipsa hæc sit promittendi caussa inter nos, ut turpe aliquid facias, tamen non potest dici stipulatio, quæ ex conceptione sua æstimatur, dici turpis, cuius conceptio tota nihil habet turpitudinis. Neque eo minus tamen recte dicetur promissum a me esse ob turpem caussam. Prior stipulatio, ut per se turpis, ita iure ipso inutilis. *d. L. merealem: C. de condict. ob turpem causs.* Posterior ut conceptione ipsa turpe nihil habet, ita dici nihil potest, cur iure summo non valeat. Sed quia in re, & caussa externa promittendi inest turpitudo, ideo exceptione extrinsecus nata removetur. Ad hanc speciem aptandum est responsum Pauli in *d. L. penul. D. de cond. ob turpem causs.* quatenus vult petentem ex ea stipulatione exceptione removeri posse, ut & Bartolus recte sensit. Non adversantur verba Pauli, ne quis hic divinare nos dicat. Hæc enim verba qui-

7) Cuiac. *ad L. 26. de Verb. Olig.* Pac. 7. Q. 28. ita distinguunt: De vi stipulationis turpis aut quæritur de iure civili, & non parit actionem generaliter *L. 5. C. de LL.* aut de iure Prætorio; & aut constat de turpitudine, & denegatur actio; aut de ea non certo liquet, & datur actio cum exceptione *d. L. pen. de cond. ob. turp. cau.* arg. *L. 9. pr. de iureiur.* Ex. g. Si quis stipuletur eam sibi nupturam, de qua dubitatur an soror sit nec ne.

bus Paulus ulciup, quanvis si Titius petat, exceptione summovere eum promissor possit, non sunt affirmantis, & definientis in universum id ius esse, cum quid quovis modo ob turpem caussam promissum est; sed offerentis orationem per concessionem; & hanc significationem habent: quanvis inciderit ea species, ut Titius in hac caussa exceptione summoveri possit. Non nego verba si per se spectentur, generaliter sic accipi posse, quasi ex omni stipulatione, qua quid ob turpem caussam etiam nominatim promissum sit, actio exceptione removeatur. Sed nihilominus & in alteram partem, quam diximus, significatio optime congruit. Sic fit, ut si nihil aliud, certe superiore interpretatione hoc obtineamus, orationem hic esse ambiguam. Quo admisso res huc redit, ut quæratur, utra potius significatio accipienda sit. In quo habemus ex præceptis iuris, quod sequamur, quæ dictant in ambigua voce legis eam significationem sumendam, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* de quo vide plura in commentariis ad *L. generaliter. D. de verb. oblig.*

XIX. Atque hæc sunt, quæ fieri non posse dicimus, eaque de caussa inutiliter in conventionem deduci. Sequitur igitur, ut ea fieri posse intelligamus, in quibus utrumque concurrat, ut possint fieri & permittente natura, & iure. In quo illud notandum est, iure concessum aliquid existimari debere, non si lex nominatim permittat, sed si non prohibeat. *L. nec non, §. quod eius, D. ex quib. cav. maio.* Quæ autem prohibeantur iure, supra diximus. Unde intelligitur reliqua esse ea, quæ non prohibeantur, eoque & intelligantur concessa. Omnia eiusmodi, ut in stipulatum & conventionem omnem conditione sua [8] utiliter deducantur.

CAP.

8) Vid. Gœd. *de Contr. stip. C. 6, Concl. 12.*

C A P. XXII.

De personis contrahentium. Ac primum qui quibus de caussis ex persona sua obligari non possint ex contractu.

Transitio. Ad contractum perficiendum necessaria persona. I.

Persona duplex aut promittentis, aut eius cui promittitur. De hac alibi: prior illa aut conditione sua, aut caussa aliqua ad contrahendum inepta. II.

Conditione sua servi. Horum obligatio ex iure civili nulla, etiam post manumissionem, nisi propter ipsam manumissionem secuta. III.

Caussa extrinsecus adveniente, a contrahendo removentur liberi homines. IV.

Caussa illa accidit aut rerum ad contrahendum necessariarum defectu, aut per iuris indulgentiam. V.

Res ad contrahendum necessariæ: consensus; & libera rerum suarum administratio. VI.

Consensus inopia ad contrahendum inhabiles furiosi, mentecapti, infantes, & prodigi, quatenus tales. Horum discrimen a reliquis. VII.

Administrationem adimunt ætas, & corporis vitium vel morbus. VIII.

Ætas pupillis & minoribus; vitium corporis mutis, cæcis, & perpetuo morbo laborantibus. IX.

Pupilli nihil gerunt & administrant, adeoque nec contrahunt nec obligantur iure civili, nisi auctore tutore; sine illo tamen acquirere possunt, & alios obligant. X. XI.

Contrariis occurritur. XII.

Quando pupillus naturaliter obligetur. XIII.

Adolescentes sine curatore, non obligantur; si illum habent: secus si eo careant; ratio differentiæ. XIV.

Tentatur L. 101. D. de V. O. *conciliatio.* XV.

Item corporis vitio laborantes. XVI.

Rerum stipulationi necessariarum defectu nec mutus nec surdus stipulationem contrahunt; & quomodo. XVII.

Mutuum a litigatore, aut argentario iudici datum ad impedimenta superiora ex iudicis persona non pertinet; & quare. XVIII.

Summa & conclusio. XIX.

Iuris indulgentia nec filius familias ex accepto mutuo, nec mulier ex sua intercessione obligantur. Macedoniani & Velleiani S. C. tractatio quare hic omissa. XX.

I UTI sunt res quattuor a nobis propositæ, quibus omnis contractus constaret; de tribus illis prioribus a nobis dictum est, conventione primum, & consensu; deinde de fine contractus; tum de rebus & factis promissis, quatenus hæc iure valeant ad obligationem contrahendam, aut secus constituta quam iure oportet, quatenus obstent obligationi. Restant personæ contrahentium, quibus maxime constat & perficitur omnis conventio; propter quas easdem sæpe fit, ne obligatio contrahatur. Non statim vero qui quid promittit, obligatur, quanvis superiora illa omnia ita concurrant, ut iure comparata esse debere diximus ad obligationem. [illegible] qui obligetur ex contractu, aut ex persona ipsius promittentis accidit; aut ex persona eius, cui promittitur. Ex persona promittentis, si is per se obligari non potest. Ex persona eius, cui promittitur, si est is, per quem obligatio non possit acquiri ex contractu neque ipsi, neque per eum alteri. Quominus quis contrahendo ex persona sua obligetur, aut conditione ipsa personæ efficitur, aut caussa aliqua interveniente extrinsecus.

III. Personæ conditio obligationem impedit in his, qui quanvis alioqui intelligentes & omnium rerum quas fert contractus, capaces, tamen eo sunt statu personæ, ut adversus eos in universum actio esse, & iudicium consistere non possit, neque ex contractu, neque ex alia quavis caussa. Hi sunt servi iure Romano. *L. servus, C. de iud.* Itaque de horum obli-

obligatione ita ius eſt. Servi ex contractibus ſuis [1] naturaliter & obligantur, & obligant. *L. ſervi, D. de obl. & act.* Natura enim omnes homines æquales ſunt, *L. quod attinet, D. de regul. iur. L.* 4. *D. de iuſt. & iur.* Civiliter autem nullo ex contractu, nullove facto ſuo extra maleficii cauſſam obligantur, *d. L. ſervi*. Quippe qui ita ſint iure civili, ut hoc iure pro nullis habeantur, *d. L. quod attinet. D. de reg. iur.* Quod non eam ſignificationem habet, quaſi non teneantur ſervi, quandiu ſervi ſunt; quod quidem dubitationem non habet, cum eo tempore nihil habeant ſuum; quod poſſint præſtare. *§. item vobis, Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Ac nec quidquam cum his iudicio agi poſſit, quos pro nullis eſſe diximus. *L. ſervus. C. de iud.* Sed eo pertinet, ut intelligatur, nullam hic obligationem eſſe, & quanvis ſervus ſit manumiſſus, tamen manumiſſum ex [2] ante geſto, & facto ſuo præcedente non teneri. Quæ ſumma eſt totius *Tit. C. an ſervus pro ſuo fact. poſt manum. tenea.* idem in *L. eum actum, D. de negot. geſt.* Una hic exceptio eſt, niſi quid ſervus domino promiſerit ob manumiſſionem, quo caſu in eum manumiſſum eo nomine actionem in factum dari placet. *L.* 3. *C. eod. tit.* Adeoque hoc verum eſt, ſervum ex contractu ex negotio a ſe geſto non teneri, ut ſi liber contraxerit, deinde ex ſuis cauſſis redigatur in ſervitutem, puta libertus ob ingratitudinem, ſtatim obligatio extinguatur; & ſi idem reſtitutus forte ſit poſtea indulgentia principis, tamen non redeat in obligationem ſemel liberatus. *L. ſervus effectus, D. de obligat. & action.* Prius ideo, quia cum ſervus effectus eſt, venit in eum caſum obligatio, a quo incipere non poſſe eam ante poſuimus. Quo modo obligationes omnes interire ſolent. *L. pro parte, D. de ſerv.* Poſterius ideo, quia extincta ſemel obligatio amplius non revocatur. *L. Mævius, 66. §. primo, D. de legat.* 2. *L, qui res, 98. §. aream, D. de ſolut.* De quo in genere liberationum & ſolutionum dicendum eſt. Quæ ſit ſervo-

1) *L. 41. de pecul. L. naturaliter 13. de cond. ind.* etiam domino ſuo *L. 5. §. ult. L. 9. §. 2. de pecul.* Et vere quidem ex æquitate naturali, quia conditio ſervilis cauſſa perfidiæ iuſta non eſt, ut belle Govean. *ad L. 1. §. 17. ad L. Falc.* n. 7. Nam quod Cuiac. 7. *ad Afric. in L. 21. §. 2. de fideiuſſ.* ſcribit leges delictis puſitas tenere ſervos, quia in quovis exigitur ne delinquat; leges contractuum non tenere, quia fides in rebus contrahendis non exigatur a ſervo, cui vix unquam ſincera fides; Ac de ſe queri debere, qui eius fidem ſequitur, quis probet; quis etiam refelli dignum putet? Cumque una ſit obligatio naturalis ex æquitate ſola metienda, vid. *ſupra Cap. 2. N. 2.* non accedendum iis, qui iure quidem naturali, ſeu, ut alii, gentium primævo, obligari concedunt, iure autem gentium ſecundario negant, quia & eo ſervitus inducta ſit & ſtatus ſervorum annihilatus, ut Caſtr. *ad L. 1. de pact. n. 2.* Dec. *in L. 22. de R. I. n. 1.* Cagnol. *ibid.* Vacon. *1. Declar. 17. n. 7.* Hopper. *Lib. 4. ἀνεκδότων pag.* Cuiac. *ad leg. 32. de R. I.* Quod refellit Vaſq. 1. *Ill. Contr. 10. n. 17. & 2. ſeqq.* ubi & *n. 12.* iure civili ſtatum fuiſſe annihilatum ſervorum ex toto, non omnium gentium moribus, oſtendit. Quid quod Alc. *Lib. de 5. ped. præſcript. n. 104. & ſeq & in L. 1. §. de acq. poſſ. n.* 30 iure gentium ſervos non multum a liberis differre aſſerat: Habere, eo iure, legitimam perſonam ſtandi in iudicio, militiæ nomen dare poſſe, dominis improlibus ſuccedere, bona propria habere, ex Iobi 31. *v.* 13. Geneſ 14. *v.* 14. *& C. 15. v.* 3. 2. *Reg. 9. v,* 10. *& Cap.* 16. Quæ tamen pinguiuſcule dicta videri poſſunt. Sed nec Connano 2. *Comm.* 3. aſſentior, qui in *d. L. 41. de pecul. & P. 32 de R. I.* ius gentium civilis appellatione contineri ſentit, & quia legibus comprobatur & quia, quatenus inſtituto hominum, non natura cunſtat, initar ſit iuris civilis, ad ius naturæ relatum, ubi & *n.* 8. quæ a iure gentium venit obligatio ius continere & civilem nominari, quia a lege civili comprobata. *Ibid.* naturaliter obligari ſervum id eſſe, quod vulgo de facto per *L. 41. de pec.* & arg. *L. 9 § 6. eo.* Ideo ſi factum aliquod ſervi interveniat, mutuando, accipiendo, ubi vere aliquid facit ſervus, gigni naturalem obligationem, nec factum præſtitum revocari poſſe, ideoque nec condici ſolutum, *L. 13 de cond. ind.* quia factum facto rependit. Et fideiuſſorem obligari, quia ſubſiſtit res obligationis. Ubi autem nullum factum intervenit, ut ſi ſtipulatione vel nudo pacto ſe adſtrinxit, item ſi emit antequam traditio facta, nihil obligationis oritur, quia nihil factum quod obligationi naturali cauſſam ſeu materiam præſtet. Hinc rationem petit, cur ex fideiuſſione ſervus non obligetur *L. 20. de fideiuſſ.* quia nullum factum & naturalis actus intervenit, ſi nihil aliud quam fideiuſſit. Ita Connanus, qui & urget verba *L. 22. de R. I. nulla obligatio.* Cumque DD. reſpondeant nulla ſcilicet civilis; hoc eſt, regerit Connanus, nodum abſcindere non diſſolvere. Atqui & leges quæ naturalem obligationem ſervis tribuunt, indefinite loquuntur, & ſi vocula *nulla* omnem obligationem excludit, nec debuit Connanus eam ullo caſu admittere. Recte vero Ulp. *in leg. 41. de pec.* factum hic magis demonſtrari. Sed numquid ſola traditio & acceptio, ſimileſque actus, factorum nomine veniunt. Nonne & venditio facti *L. 7. § ult. de Cur. fur.* & generatim omnes contractus. Quod ſi ſtrictius verbum faciendi acceptum velis, neceſſe eſt ut dationem excludas, vid. *ſupra Cap. 2. N.* 1. Quidni autem pro ſervo, quocunque modo contrahente, utiliter accedat fideiuſſor. Hoc vero vult IC. *d. L.* 41. hic nos non tam reſpicere effectus iuris civilis, quam attendere quid revera actum, geſtum, contractumve ſit a ſervo, quid eum ex facto ſuo præſtare æquum conveniens. Anne factum aliquod ſub ſenſum cadens, & ſui indicium poſt ſe relinquens, magis cauſſam præſtat obligationi naturali, quam vel conſenſus vel æquitas naturalis? Nihil obſtat *d. L. 20. de fideiuſſ.* Obligari fideiuſſoris nomine nequit; ſcilicet efficaciter & ita ut domino noceat, cui cum nullum ex ea cautione commodum obvenire queat, nec damno illum affici ex facto ſervi æquum eſt. Obſtrictus tamen ſervus ut præſtet, ſi poſſit, ſine domini fraude. Nec enim aliud æquitas, ex qua omne hoc metimur, vel exigit vel patitur. Unde ſi ex cauſſa peculiari fideiuſſit, quatenus ex peculio ſolvit, nulli repetitio *L. 59. de fideiuſſ.* quia nec hic ulla fraus domini. Denique venditionem inter dominum & ſervum naturaliter conſiſtere probat *L. 10, pro emptore.* Nec recte Gœd. *in L. 26. de V. S. n.* 11. ut reprehendat Iulianum, quem a calumnia vindicavi *ſupra Lib 5 Cap. 25 N* 7. iure naturali inter dominum & ſervum non conſiſtere obligationem extra cauſſam peculiarem, vid. & Gomez. 2. *Reſol. 1. n.* 3. Giſan. *ad L. 14. de O. & A. n. 5. & 3. ſeqq.* Cæterum DD ſervis comparant monachos, quia ſuum velle ac nolle non habeant. Sed Duarenus *de Cond. ind. C. 6. ſ.* 909. Experimur, ait, monachos & velle cum edendum ac potandum eſt, & nolle cum ieiunandum.

2) Hinc conditio reddendarum rationum libertati ſervi actoris teſtamento relictæ præponi ſolita, vid. *Lib. 8. Cap. 33. N. 2. & N.* 4. quia, ea omiſſa, pure manumiſſus non cogebatur reliqua ſolvere *L. 37. de fid. Lib. per hunc tit. C. An ſerv. &c.* Cuiac. 9. *ad. Afr. in L. 32. de cond. & dem.* Teſtimonium autem manumiſſus perhibet de iis quæ vidit in ſervitute, Gœd. *ad L. 99. §. ult. de V. S. n.* 5. poſt. Vigl. *in §. teſtes I. de teſtam. n.* 9.

vorum obligatio ex maleficiis, etiam tum dicetur in noxalibus actionibus.

IV. Liberorum hominum longe alia conditio est. De quibus sic generaliter definiendum est, nunquam conditio personæ sola promittenti obstat, quominus liber recte obligetur. Argumento est certissimo, & quod unum hic esse debet pro omnibus. Nam si quis est inter liberos, cuius sit præter cæteros imminuta libertas, is est filiusfamilias. Hic conditione & iure potestatis non multum differt a servo. Est enim ita in potestate patris, ut servus in potestate domini; uno hoc excepto, quod filiusfamilias liber est. *Inst. de his qui sunt sui vel al. iur.* Unde in acquirendi ratione ius olim idem fuit in filiisfamilias, quod in servis. *L. placet. D. de acquir. hered. L. 1. D. si a par. quis fuer. manum.* & constat ex *Tit. Inst. per quas pers. nob. acq.* Et ut domino servum occidere ius fuit, ita & patri filium, *§. in potestate. Instit. de his qui sunt sui vel al. iur. L. in suis*, in fin. *D. de lib. & post.* Verumtamen de filiisfamilias hæc certi iuris definitio est, filiumfamilias ex omnibus caussis, id est tam ex contractibus, quam ex maleficiis, tanquam patremfamilias obligari. Et agi cum eo tanquam cum patrefamilias posse. *L. filiusfamilias, D. de obl. & act. L. tam ex contractibus, D. de iudic.* Nihil ergo, ut dixi, liberis hominibus obstat sola conditio personæ, quominus contrahendo, ut ex aliis caussis, iure obligentur. Sed alia extrinsecus interveniunt nonnunquam, quæ cum accesserint, obstent obligationi.

V. In quo hæc istarum caussarum summa divisio est, ut qui promittunt, ex persona sua contrahendo non obligentur, vel quia destituuntur rebus ad contrahendum necessariis; vel quia his alioqui obligationis cuiusvis capacibus, tamen beneficio iuris certis in caussis, & certa ratione obligatio remittitur: ut illic res ipsa obligationi obstet, hic iuris indulgentia & beneficium.

VI. Res ad contrahendam obligationem necessariæ, quæ quidem spectentur in promittentis persona, duæ sunt summæ omnium contractuum communes, consensus in rem certam, & libera rerum administratio. Proinde totidem res contrariæ, quæ vi sua obligationem ex contractu impediant: animus iudicii & voluntatis expers; & denegata rerum suarum libera administratio.

VII. Animus voluntatis expers est in furiosis, mente captis, infantibus, prodigis quatenus hi tales sunt. Furiosi quidem, mente capti, & infantis, id est minoris septem annis. *L. si infanti, C. de iur. delat.* nullum iudicium, nullam adeo in negotiis gerendis voluntatem esse constat: quia pariter hi non intelligunt, quid agatur. Ideo hac ipsa ratione nullum eos negotium gerere posse traditur. De [3] furioso traditum in *L. furiosi, D. de reg. iur. L. 1. § ult. D. de obl. & act. §. furiosus, Inst. de inut. stipul.* de infante in *§. pupillus, Inst. eod.* Et quod de furioso dicitur, etiam de mente capto dictum intelligendum est, etsi furore non corripiatur. Cum quod furioso in rebus gerendis denegatur, non alia de caussa denegetur, quam quod mente careat. *§. praeterea, Inst. quib. non est permiss. fac. test.* Ergo hi quid gerendo non obligantur, quia his nihil intelligentibus deest voluntas. Proinde & consensus. Nullus autem contractus sine consensu. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Quæ res facit, ut nec [4] tutoris aut curatoris auctoritate accedente isti obligentur. *L. in negotiis, D. de reg. iur.* Prius est enim, ut quid agatur, quam ut tutor curatorve dicat se probare id quod agitur. Hoc autem probare est auctorem fieri. *L. 3. D. de auct. tut.* Prodigus, cui bonis interdictum est lege, in eadem caussa cum furioso habetur, cum de eo obligando, & deminuendo eius patrimonio agitur. Scilicet ut promittendo nec natura obligetur *L. is cui, 6. D. de ver. obl.* nempe hactenus similis furioso, cum alienat quid, aut se obligat, ut qui in bonis deminuendis furiosum faciat exitum, ut est in *L. his qui. §. ult. D. de tut. & cur. dat.* Cæterum hoc distat a superioribus tribus, quod cum illi nullum negotium gerere possint, neque quo obligentur ipsi, neque quo sibi obligationem acquirant: *d. L. in negotiis, D. de reg. iur.* hoc in prodigo diversum est, quod qui

3) Nisi contraxerit in dilucidis intervallis, arg. *L. 9. Cod. Qui test. fac.* Vult. *in pr. I. de V. O. n.* 30. Gœd. *de Contr. stip. C. 7. n.* 14. Setser. *Lib 1. de iuram. C. 4. n.* 12. ubi *n.* 13. an intermissionis tempore actus gestus, ex eo æstimari, an more sapientis fecerit, & Niell. *Disp. feud. Ib. 4. lit. A.* Aliter distinguit Loriot. *ad L. 3. & seqq. de R. I. f.* 534. Superveniens quoque furor obligationem contractam non dirimit *L. 70. §. pen. de fidei. leg.* 8. *de his qui sui*, quia quæ facti sunt, & naturalia, non possunt tollere ea, quæ iuris & civilia, Setser. *d. n.* 12. Vid. & Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 28. ubi vult idem esse in amore capto, per *§. ult. I. de success. sublat.* sed si cum amica celebretur contractus, non si cum aliis. Eman. Soarez. *ibid. in annot. lit. H.* Idem in ebrio, quia nescit quid loquatur *Cap. lone* 15. *Quæst.* 1. Et ubi ebrietas ibi furor *Cap. venter.* 35. *dist.* Tiraq. *de Pœn. temperand. Caussa* 6. *n.* 8. Gœd. *de Contr. stip. Cap. 7. Concl.* 11. Furst. *de Pact. C* 5. *pag.* 95.

4) Quod enim iudicio pupilli deest, suppletur iudicio tutoris. Furiosus autem cum prorsus mente careat, nihil est quod suppleri possit. Vult. *in §. ult. I. de obl. n.* 13.

qui promittendo non [5] obligatur, idem stipulando, aut aliter contrahendo sibi acquirit. *d. L. 6. de verb. obl.* Nec refragatur regula iuris, qua traditur, furiosi, vel eius cui bonis interdictum est nullam voluntatem esse. *d. L. furiosi, de reg. iur.* Hoc enim sic accipiendum esse omnes concedent, nullam voluntatem esse furiosi, quatenus furiosus est, & eius cui bonis interdicitur, quatenus interdicitur. Ut proinde hoc dici intelligamus nullam unquam furiosi voluntatem esse, quia ubique & omni re gerenda est furiosus. Eius autem cui bonis interdicitur, non semper neque in omnes partes nullam esse voluntatem; quia bonorum interdictione non interdicitur ei omni administratione, sed tantum deminutione bonorum. *L. Iulianus, D. de cur. fur.* Et hactenus comparatur furioso, utpote in hac deminutione furiosum faciens exitum, ut dixi, *d. L. his qui, §. ult. D. de tut. & cur. dat.* Merito igitur si quid ita geret, ut acquirat, quemadmodum abest interdictio legis, ita & prodigus recte velle intelligetur, & propter voluntatem sibi acquiret.

VIII. Rerum suarum denegata alicui administratio & ipsa obligationem impedit in his, qui secus, quam illis administratio conceditur, se obligare velint. Hanc administrationem hominibus quanvis alioqui intelligentibus duæ res adimunt; partim ætas, partim corporis vitium, vel morbus.

IX. Ætas in impuberibus, qui infantiam excesserunt, tum in adolescentibus puberibus. Vitium corporis in mutis, surdis, cæcis, & perpetuo morbo laborantibus, quibus quia rebus suis superesse non possunt, curator dari solet. Sed his adimitur hæc administratio dissimiliter. Unde & in obligatione contrahenda dissimili iure habentur.

X. Impuberes, qui infantiam excesserunt, tutore auctore quidvis recte gerunt in his rebus, quorum alienatio sine decreto non est interdicta. Ideo tutore auctore, & alios sibi obligare, & aliis obligari possunt. *L. in negotiis. D. de regu. iur.* quod & in his, qui infantiæ proximi sunt, benigne receptum est. *§. pupillus. Inst. de inut. stip. L. 1. §. ult. D. de obl. & act.* Sine tutoris autem auctoritate si quid gerunt; si quidem sibi acquirunt, & hoc ratum est, quod quidem fiat sine eorum dispendio, & sine ullo aliquid in posterum inde amittendi metu. Quod si aut non acquirunt quid, aut acquirunt quidem, sed quod sit cum onere, aut periculo damni coniunctum, obligari non possunt. *Inst. de auct. tut. L. obligari, D. eod. §. pupillus, Inst. de inut. stip.* Idque ita est, sive tutorem habeant, quem possint tutorem adhibere: sive non habeant, ut eo auctore uti non possint. Cuius rei non aliud est certius argumentum quam quod placuit, impuberem si in patris potestate est, ne auctore quidem patre obligari. *L. ult. §. 1. D. de verbor. oblig. §. sed quod diximus, Inst. de inut. stip.* Cur enim non obligatur? Quia ita ius constitutum habemus, ut impubes non possit obligari sine tutoris auctoritate. *d. L. obligari. de auctor. tut. §. pupillus, Inst. de inut. stip.* Qui autem in potestate patris est impubes, is tutorem non habet nec patrem, nec alium quemlibet: cum in tutela vel curatione solum sint hi, qui potestate patria soluti, cœperunt esse sui iuris. *Inst. de tut.* in pr. Sed cur auctoritatem patris hic non recipimus, similiter ut tutoris? An quia auctoritas tutoris pupillo rem gerenti fidelior est, & certior, quam patris? Absurdum. *Quis enim talis affectus extranei inveniatur, qui vincat paternum?* Ut bene scriptum est in *L. ult.* in princ. *C. de curat. fur.* Sed hæc caussa est, quod tutoris auctoritas non quæritur tantum ad impuberem obligandum, ut consilio & fideli opera tutoris adiuvetur pupillus in re promittenda & obligatione suscipienda: sed eo potissimum, ut si quid hic male gestum sit aliquo auctore, consultum esse possit postea pupillo. Id autem fit, tutore adhibito. Cuius hæc obligatio est, ut si qua culpa eius factum sit, quominus res bene probaretur, id præstet pupillo finita tutela. *L. 1. D. de tut. & rat. dist.* Nulla eiusmodi [6] obligatio esse potest patris comprobantis quod filius suo nomine gesserit. Vel hoc nomine maxime, quod consilii non fraudulenti nulla obligatio est. *L. consilii, D. de reg. iur.* Si modo qui consulit, nullo munere publico obstringatur ad rem eius, cui consulit,

5) Et quod favore prodigi inductum, &c. *L. 25. de LL. Don. ad d. L. 6. n. 13.* Vult *in pr. l. de V. O. n. 32.* Obligari autem eum nec adhibito iureiurando vult Gomez. 2. *Resolut. 14. n. 32.* & Setser. *Lib. 1. de Iuram. Cap. 5.*

6) Ita & Hot. *in d. §. 10.* Aliter Cuiac. *in not. poster. ibid.* quia cessat utilitatis ratio. Filius enim patri acquireret, pupillus non tutori, sed sibi, & Baro *ibid.* volens cum hodie stipulando sibi, acquirat proprietatem & obligari promittendo, auctore patre, ref. Hart. Pist. *Lib. 4. Q. 11. n. 14.* Aliter Hopper. *Lib. 3.* [illegible] *pag. 97.* quia patria potestas, quæ iuris domestici, non pertinet ad ea quæ iuris communis. Incongrue. Si tamen peculium filiifamilias impuberis locupletius, naturaliter eum obligari vult Cuiac. 22. *Obs. 23.* alioquin pater non tenetur actione de peculio *L. 1. §. 4. de pec.*

fulit, bene gerendam. Quale munus in patre filium in potestate habente nullum est. Et de hoc loco plura scripsimus ad *d. L. ult. de verb. obl.*

XI. Adeo autem verum est, pupillum & sine tutoris auctoritate alium sibi obligare posse; ipsum autem promittendo, aliterve paciscendo sine tutoris auctoritate obligari non posse: Ut in emptione, & venditione, aliisque contractibus in quibus mutuæ sunt obligationes, si quid pupillus cum alio gesserit, contraxerit, sine tutoris auctoritate, placeat pupillum sibi obligare eum, cum quo contraxit, ipsum autem illi non obligari. *Si quis a pupillo*, inquit Ulpianus, *sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus. Nam qui emit, obligatus est pupillo; pupillum sibi non obligat.* Hoc in *L. Iulianus*, §. *si quis a pupillo. D. de act. empt.* Quo significatur, si emptor in proposito rem venditam petat, licere tutori dicere pupillum non teneri, & posse pupillum impune venditioni non stare. Contra si tutori videatur venditio utilis esse pupillo, recte ultro acturum pupillum cum emptore, ut pretium præstet. Quod tamen intelligendum est licere ei facere hac conditione, dum prius ipse rem venditam offerat. Alioqui potest exceptione doli mali removeri, ut fieret, si quid emisset, & rem venditam peteret non oblato pretio. *d. L. Iulianus*, §. *offerri. de act. empt.* Cæterum dum hoc offerat, quod ex venditionis caussa præstandum est, recte agct cum emptore, quem eo nomine obligatum habet. Quod non item licet emptori, si instituat agere cum pupillo, utpote non obligato; quantumvis pretium offerat. Ita vere dicitur ab Ulpiano constare ex uno latere huiusmodi contractum.

XII. Verendum, ne sit contrarium quod dicitur in *L.* 1. *D. de rescind. vend.* ti venditio cum pupillo recte contracta sit tutore auctore, non posse consensu pupilli sine tutoris auctoritate ita abiri ab emptione, ut ipse liberetur, alter tantum maneat obligatus: quod nihil aliud est, quam non posse pacto effici, ut ex uno tantum latere constet contractus. Sed multum distat, utrum de contrahenda emptione agatur, an vero de recte contracta dissolvenda. Ab initio cum de contrahenda emptione agitur, ita ius est, ut pupillus sine tutoris auctoritate obligari non possit, at idem sibi alium recte obliget. Quod ius ab initio illam inæqualitatem admittit, quam ante dixi. Postquam autem emptio semel contracta est, commutatur iuris ratio, & incipit contractus atque obligatio ad regulam iuris pertinere, qua efficitur quibus quidque modis contractum est, iisdem in contrarium actis dissolvi, *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Unde fit, ut contracta emptio cum pupillo tutore auctore, non possit nisi tutore auctore dissolvi, sed necesse fit, cum de ea distrahenda convenit, aut utrumque obligatum manere, aut utrumque liberari.

XIII. Et pupillum sine tutoris auctoritate civiliter non obligari constat. An obligetur saltem naturaliter, magna quæstio est. Et de eo scripsi fuse ad *d. L. si pupillus.* 127. *D. de verb. obl.* Sed tamen ad hanc ferme sententiam, ut si impubes infante maior, idem adhuc sit infantiæ proximus, non obligetur is consensu sun ne naturaliter quidem. Sin sit proximus pubertati, obligetur naturaliter. Id esse interpretans, in quo illi separantur in §. *sed quod diximus, Inst. de inut. stipul.* Sed & hoc, quod dixi, cum qui pubertati proximus est, promittendo ita obligari; docui ibidem ita accipiendum, ut si hæc obligatio perveniat ad alios, recte dicatur pupillus obligari isto modo; quia obligatio aliis noceat. Sin constitamus in persona pupilli, ut illi ea obligatio noceat, dicemus eum nec natura obligari, quia vere ei ea obligatio non obsit. Sed & de eo diximus supra in naturali obligatione: neque nunc quæstio adeo ad hunc locum pertinet, in quo de civili & efficaci obligatione agitur.

XIV. Adolescentum puberum diversa caussa est. In quibus hæc iuris distinctio est, cum de his ex contractu obligandis quæritur: ut si quidem adolescens curatorem habeat, is sine curatoris auctoritate non magis 7) obligetur, quam is cui a prætore

7) Est & hæc Quæstio multum disceptabilis, in qua nostri consentiunt, & pluribus hanc opinionem adstruere nituntur. Rob. 2. *Anim.* 12. *&* 1. *not. ad Merc.* 12. Mercer. 1. *Op.* 6. Gœd. *ad L.* 21. *de V. S. Contr. stip.* C. 7. *Concl* 14. Val. Guil Forst. *de Pact.* C. 5. *pag.* 103. *& seqq.* nonnihil tamen in expositione *d. L.* 101. *& d. L.* 3. variantes. Mihi sane contraria Cuiacii *ad d. L.* 101. *&* 19. *Obs.* 33. *&* 21. *Obs.* 23. sententia semper probabilior visa est, quam firmant Vult. 1. *Disc.* 16. Bron. 1. *Ass.* 33. Henr. a Suerin. *Rep. Lect.* C. 41. Phil. Matth. *ad L.* 2. §. 1. *de R. I. n.* 15. *& seqq.* Arum. *ex Inst.* 3. *Th.* 17. Nam *d. L. puberes* 101. clarior & apertior sententia est, quam ut interpretationibus, quas comminiscuntur noster & alii, eludi elidive queat. Accedit *L.* 43. *de O. & A.* ubi verba, *sua potestatis*, ita exponere, ut significet adolescentem a cura liberum, inconveniens puto, cum curatoria potestas, non personam minoris, sed illius res respiciat. Denique nec defectus consensus impedimento est huic obligationi, quia dicitur minor stabilitate iudicii præditus §. *ul. I. Quib. man. non lic.* postulare potest *L.* 1. §. 3. *de postul.* hereditatem adire, &c. & testamentum condere *L.* 5. *Qui test. fac.* nec effectus curatoriæ potestatis, cum nec patria potestas, quæ indubie maior,

tore curatore dato bonis interdictum est. Sin sine curatore constitutus contraxerit, obligetur iure; sed ex edicto generali de minoribus implorare possit in integrum restitutionem. Exstat hæc distinctio pæne diserte scripta in *L.* 3. *C. de integ. rest. min.* Cui distinctioni consequens est, quod traditur in *L. ult.* §. 1. *D. de verb. obl.* puberem qui in potestate est, perinde ut patremfamilias obligari posse. Cur enim obligatur, neque hic curatoris auctoritatem requirimus? Quia cum qui est in potestate patris, certum est non habere curatorem. Ut enim tutela, sic & cura eorum est solum, qui sunt sui iuris. *Inst. de tut.* in pr. Sed cur sine curatoris auctoritate non possit is etiam, qui curatorem habet, cum curatorem non habens possit consensu suo obligari, nullius curatoris adhibita auctoritate? Quid enim, an plus valet intelligentia & prudentia, qui curatorem non habet, quam qui habet? Quod si eadem est in utroque; cur non utrumque sine curatoris auctoritate pariter obligari dicimus? Ratio differentiæ posita est in concessa aut denegata rerum administratione. Nam antequam curator detur, satis facultatis est puberi ad se obligandum, nec ea facultas interpellatur a quoquam, cuius potestati subiicitur. Curatore autem semel dato, hæc facultas curatore non adhibito adimitur. Quo enim curatorem dari, nisi ut eius auctoritate res administrentur, ac sine auctoritate nihil ratum sit in rerum administratione? Sic tutoris auctoritas est. Sit ergo & curatoris; quando coniunctim tutoribus curatores accipiuntur, inquit Ulpianus, id est, quod de tutoribus dictum est, etiam ad curatores pertinet. *L. qui neque*, §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Significatur autem satis hæc ratio in *d. L.* 3. *C. de in int. restit. min.* ubi tum dicitur prodigo bonis interdici a prætore, cum prætor ei curatorem dedit. Ut merito hoc ius de pubere sine curatoris auctoritate non obligando ad hanc caussam retulerimus.

XV. Hac distinctione posita, quæ minime dubia est, & est vetus, ut patet ex *d. L.* 3. *C. de in int. rest.* recte faciemus, si demus operam, ut secundum eam, si quo modo licet, interpretemur *L. puberes*, 101. *D. de verb. obl.* quæ alioqui verbis dissidere maxime videtur. Sic enim verba sunt; *puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*. Hæc verba, *sine curatoribus suis*, proprie pertinent ad eos puberes, qui habent suos curatores: ut hoc dici intelligatur, puberem quanvis curatorem sibi datum habeat, qui sit eius curator, posse tamen sine eo curatore ex stipulatu obligari. Sed ostendi ad eam legem pluribus verbis id defendi non posse, repugnante non solum *d. L.* 3. *de in int. rest. min.* sed etiam omnium veterum sententiis, quæ exstant in Pandectis de hoc genere. Itaque si quid ad ius tam multis locis, & tam non obscure testatum accommodate dicere volumus, res cogit alterutrum dici, aut deesse illic negationem, ut sit *possunt*, pro *non possunt*. Aut si id non licet, sic locum esse interpretandum, ut sit sententia puberes obligari posse etiam sine curatoribus suis; verumtamen suis, non quos suos iam habent, sed quos suos iure habere debent, de quo vide plura in commentariis ad *d. L. puberes*. Unum præter cætera ad id confirmandum semper maximum momentum habebit, si tenebimus illud, quod supra dixi, non ob aliam caussam curatorem dari, nisi ut eius consilio & auctoritate ea administratio regatur: utpote alioqui inutilem futuram.

XVI. Quapropter & in his, qui propter corporis vitium, aut morbum curatorem accipere solent, eadem distinctio adhibenda est: ut si quidem nondum acceperunt, nihil sit impedimento, quominus promittendo & aliter contrahendo, cum cætera idonea concurrant, se obligent. Postquam autem acceperunt, nihil ratum sit ad obligationem ab illis contrahendam sine curatoris sui auctoritate.

XVII. Atque hæc impedimenta obligationi ex persona debitoris obstantia, generalia sunt, pertinentia in commune ad omnes contractus, omnemque quæ sit ex contractu, obligationem. Sunt & impedimenta huiusmodi quædam quorumdam contractuum propria. Quæ & in his observanda sunt. Ac generaliter de his sic habendum: quod in universum efficit inopia

maior, eidem obsistat. Ex quo etiam patet ab administratione rerum non commissa, ad obligationis incapacitatem argumentum duci non debere. Nam si filiusfamilias iure veteri, quo nec ulla bona habebat (nisi castrensia) nec administrationem, nisi peculiarium, extra caussam tamen peculiarem obligari potuit, ad hoc ut sui iuris redditus efficaciter conveniri posset: Quidni etiam facilius minor, durante cura, personam suam efficaciter obstringat, ita ut quidem solvendo rem promissam ac debitam se liberare nequeat, ob alienationem ipsi inhibitam, annos tamen Lætoriæ legis egressus (ut loquitur *L.* 2. *C. Th. de. do.*) ad impletionem & perfectionem contractus teneatur. Unde Cuiacii illam restrictionem non admitto 19. *Obs* 33. & 1. *not. Merc.* 12. quasi ex caussa venditionis obligari nequeat, sed ex aliis caussis, quæ solemnitatem iuris desiderant, &c. Sed hoc forte alio loco plenius excutiam. Hic accurate singula persequi non licet.

pia earum rerum, quas omnis contractus deſiderat, hoc in ſingulis generibus efficere inopiam earum, quas unumquodque proprie deſiderat. Utputa, ſtipulatio præter conſenſum exigit hæc propria duo, verba ſtipulantis & promittentis, quia verbis conficitur; item ut uterque alterum loquentem exaudiat; quorſum enim verba, nisi ut qui inter ſe loquuntur, alii alios audiant, & intelligant? Ea res facit, ut neque mutus neque ſurdus ſtipulationem contrahere poſſint, ſive ſtipulentur, ſive promittant. Ille, quia non poteſt loqui; hic, quia non poſſit loquentem exaudire. Hæc in *L. 1. §. ult. D. de obl. & act. §. mutum. Inſt. de inut. ſtip. L. 1.* in princ. *D. de verbor. obl.* In quo perſpicuum eſt nihil conſtitui propter conditionem perſonæ muti aut ſurdi; qui alioqui cætera quæ conſenſu conſtant, recte [8] gerunt aut per nuntium aut per epiſtolam. *Inſt. de obl. ex conſ.* Sed cur iſti ex ſtipulatu obligari non poſſint, aut promittere, cauſſam in eo eſſe, quod non poſſint præſtare ea, quæ proprie fert ſtipulatio.

XVIII. Neque privata impedimenta plura occurrunt in aliquo genere contractus, quibus fiat, quominus quis ex perſona ſua obligetur. Videri tamen poteſt eiuſmodi aliquod ſubeſſe in cauſſa mutui in perſona iudicum, quibus aut [9] litigator mutuam pecuniam dat, aut dat collectarius, id eſt argentarius, eius honoris redimendi cauſſa. Idque propter *L. quiſquis, C. ſi cert. petat.* qua cavetur, ut ſi quid borum factum fuerit, is qui dedit, una cum iudice exilii pœna plectatur. Et apparet quidem his verbis pœnæ metu mutuum prohiberi. Nam permiſſum pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. ad leg. Iul. de adulter.* Sed videndum eſt, quatenus id mutuum prohibeatur. Nempe prohibetur hactenus, non ut ne mutuum contrahatur: ſed ut ſi pecunia ita, ut diximus, mutua data erit, ſequatur exilii pœna. Prius ergo mutuum datum lex exigit, cuius datio poſtea plectatur. Non poteſt autem mutuum eſſe, niſi ex quo mutui obligatio, & certi condictio naſcatur. *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* in pr.

XIX. Quæ ſi ita ſunt, ſumma huc redit, ut ſi qui ſint liberi, qui & intelligant, quod agitur, & poſſint ea præſtare, quæ ſunt contractus eius, de quo agitur, nec interdicta libera adminiſtratione per ſe obligari prohibeantur: generaliter tenendum ſit, nullos liberos homines, ne filiosfamilias quidem, iure impediri, quominus contrahendo voluntate ſua recte obligentur; niſi ſi quibus beneficio iuris ſpecialiter hoc tributum ſit, ne obligentur.

XX. At hoc fit interdum; eſtque hoc genus alterum eorum, quos non obligari ex perſona ſua diximus. Tributum [10] hoc eſt filiisfamilias in pecunia credita, & mulieribus in interceſſionibus. Filiofamilias ſi pecunia mutuo data ſit, cautum eſt ſenatuſconſulto Macedoniano, ne detur in eum actio eo nomine, nec in patrem eius de peculio. *L. 1. D. de ſen. Mac. §. illud. Inſt. quod cum eo.* Mulier ne intercedat pro alio, ſimiliter cautum ſenatuſconſulto Velleiano, & ſi interceſſerit, denegatur in eam actio. *L. 1. L. 2. D. ad ſen. Vell.* ut appareat ſenatuſconſultum exceptionem habere ad hunc locum pertinentem, quæ oſtendat duas eſſe has perſonas, quæ in ſupra ſcriptis cauſſis non obligentur. Itaque non alius locus eſt de his ſenatuſconſultis tractandi idoneus, quam hic ipſe de perſo-

8) Per ſigna enim vel corporis motus, animi ſenſa declarare poſſunt. Diſtinguit tamen inter ſurdos ac mutos a caſu & a nativitate. Hos ſiquidem nullos contractus inire poſſe ſtatuunt, cum nihil intelligere dicantur, infantibusque comparentur *L. 65. §. 3. in fin. ad Treb.* Tiraq. *Privil. pia cauſſa* 9. Gomez. 2. *Reſol.* 14. *n.* 29. Gœd. *de Contr. ſtip. Cap.* 7. *Concl.* 15. *n.* 283. ubi tamen exempla non deeſſe ſcribit eorum, qui ita nati intellectu eximie pollentes, quid agatur optime percipere poſſunt. Unde in iis diſtinctio hæc non recipienda. Vid. & de contractu muti Io. Vinc. Honded. *Vol.* 1. *Conſ.* 37.

9) Videtur enim dari gratis eius corrumpendi gratia, ut libidinoſam (ceu vocat. Cic. *pro domo*) ſententiam dicat: vid. Fr. Pr. Pollet. *Lib.* 5. *Hiſt. fort. C.* 9. *ibique in Corollar.* Philip. Broidæ. *n.* 1. Significatur itaque in d. *L. pen.* qui actu eſt iudex & accipit ab iis inter quos iudicat. Pac. 3. Q. 75. licet alium eidem ſenſum affingat Andr. Clad. *de Condict. certi Cap.* 3. *n.* 67. *& ſeqq.*

10.) Quid in Principe? Num is ex contractu cum ſubditis inito efficaciter obligatur. Omnino. Nam in contractibus iure privatorum utitur. Quin imo firmius arctiusque eum obligari convenit qui mutuæ fidei vindex: vid. Bodin. 1. *de Rep.* 8. *p.* 156. *& ſeq.* P. Greg. 8. *de Rep.* 8. Zaſ. *ad L.* 2. §. *eodem tempore* 10. *de O. I. n.* 21. Greg. Lopez. *Anim. Cap.* 35. *n.* 8. *& ſeqq.* Vaſq. 1. *Ill. Controv. Cap.* 3. *& Cap.* 26. *n.* 16. *& ſeq. & Cap.* 45. *n.* 13. *& ſeqq.* Coſt. *in L.* 1. *de pact.* Bron. 1. *Aſſ.* 12. Georg. Aca. Enenkel *Lib.* 3. *de Privileg. Cap.* 8. Vinc. Cabot. 2. *Diſput.* 10. *& ſeq.* & quos citat Rauchb. *pag* 2. Q. 11. *n.* 5. Non obſtat quod tradunt, Contractus Principum habere vim legis, per *L.* 15. *D. de public. L. pen. Cod. de don. int. vir.* Gail. 2. *Obſ.* 127. *n.* 8. Valaſc. *Iur. Emphy.* Q. 5. *n.* 10. Princeps autem legibus ſolutus. Nam id tum eo ſenſu a DD. non aſſeritur, tum a multis negatur. Eman. Soarez. *in annotat. ad Gomez.* 2. *Reſol.* 1. *lit. A.* Lopez. *d. Cap.* 35. *n.* 1. Vicem equidem legis obtinet *d. L pen.* ſed ad hoc ut lege repugnante ſubſiſtat, utque quem privatus non legitime iniret, pro iuſto & legitimo habeatur. Cuiac. 26. *Obſ.* 35. Lopez. *d. C.* 35. *n.* 12. atque ſic ut eo magis non ut minus ſervetur ac valeat. At in *d. L.* 15. vocula *legem* ſignificat pactum, ut alias ſæpe Lopez. *ibid. n.* 13. non legem Principis, promulgatam poſt locationem, ut Soarez. *d. loc.* minus autem legem Cenſoriam, ut Fornet. 1. *Select.* 25. pro *Cæſar* reponens *Cenſor.* Quatenus contractus principum teneant ſucceſſores, vid. Tiraq. *de iure primigen.* Q. 35. *n.* 30. *& ſeq.* Decian. *Vol.* 1. *Reſp.* 25. *& Vol.* 2. *Reſp.* 35.

nis eorum, qui obligari non possunt, idque ex persona sua, in quo versamur. Sed quoniam utriusque sententia plura continet, quam ut statim cognosci possint, & res dignum tractatum habet: ne longiore tractatione interrumpatur cursus divisionis propositæ de iis, qui non obligantur: visum est hæc duo seponere, & tractare separatim sequentibus capitibus: sic tamen, ut cogitatione tractatio illa tota huc referatur. Nunc ad reliquam partem divisionis propositæ pergemus.

CAP. XXIII.

Esse quasdam personas, per quas ex contractu obligatio seu actio aut in totum, aut in ea specie, de qua agitur, acquiri non potest. Hinc ex eius persona alio quodam genere obligationis non contrahendæ accidere ei, qui promittit, ne obligetur.

Promittentis obligatio nulla, si cum illo negotium gestum, qui nec sibi nec alii obligationem possit acquirere. I.
Quominus possit, aut natura fit, aut iure prohibente. II.
Natura obligationem acquirere prohibetur furiosus & infans, & quidem in omnibus caussis. III.
Item pupillus, minor, & prodigus, præterquam si de acquirendo agatur. IV.
Item mutus & surdus, sed in stipulatione dumtaxat. V.
Iuris prohibitio aut a personis contrahentium, aut a rei, de qua agitur, conditione ducitur. Utraque caussa obiter explicatur. VI.
Contrahere invicem, & agere prohibentur dominus & servus, pater & filius; duo fratres filiifamilias. VII.
Dominus servo promittens quare civiliter non obligatur. VIII.
Quare nec filius patri, nec filio pater ex profectitio peculio; dumtaxat ex iure civili, non naturali. IX. X.
Item nec frater fratri ex eadem profectitii caussa XI.
Certis de rebus seu modis contrahere vetantur plures: & hi aut comparare sibi res aliquas, aut alienas conducere prohibentur. XII.
Ad priorum genus pertinent 1. Proviciarum præsides. His & res mobiles alias præter victum: immobiles vero omnes acquirere in provincia; uxorem inde ducere; negotiari & fœnus exercere vetitum. Et quo iuris effectu. XIII. XIV.
Qui huius prohibitionis nomine præsides contineantur. XV
2. Domestici & consiliarii. Idem his omnino commercium, quod illorum præsidibus vetitum. XVI
3. Qui officium aliquod in provincia administrant, immobilia dono accipere; uxorem ex provincia ducere; aliquid ex officio emere a iure prohibentur. XVII.
Item 4. Milites prædia comparare; nisi paterna, quæ a fisco distrahuntur. XVIII.
Item 5. Palatini vestes, aurum, argentum, mancipia, quæ veneunt a privatis principis, & quare, XIX.
Item 6. Tutores, curatores, alienarum rerum administratores, pupilli, res aut minoris, aut domini; nisi palam & bona fide emant: hoc quale sit explicatur. XX.
Conducere vetantur tutores, & curatores res principis, & fisci, & quomodo; & qua interdictionis pœna. XXI.
Item milites, res alienas sive conducant, sive procuratores, aut fideiussores conductorum fiant. Qualis istorum pœna. XXII.
Item Ecclesiastici, & qui. XXIII.
Item Curiales, & fabricenses; & quinam isti. XXIV.

I. HActenus ergo, qui quibus de caussis non obligentur ex persona sua. Accidit etiam, ut proposuimus, ex persona eius cui promittitur, ut qui promittit, non obligetur. Quod tunc fit, cum cur promissor non obligetur, caussa non in ipso est, sed in eo, cui promittitur, per quem actio acquiri non potest. Ita definiemus, quidquid promittitur ei, qui ex eo negotio quod geritur, nec sibi obligationem acquirere potest, nec alii, id inutiliter promittitur, eoque nec potest

teſt obligari is, qui promiſit. Non enim contractus in hoc, ut quid detur aut fiat eſt unius voluntas, ſed duorum conſenſus atque conventio. Tum autem nullus contractus eſt, niſi ex quo unus alteri obligetur, ut de contractu in huius definitione docuimus. Quo fit, ut ſive non obligetur ex perſona ſua promiſſor, ſive non ſit creditor, cui obligetur, non poſſit intelligi ullus contractus, ullave obligatio.

II. Ut is cui promittitur, non acquirat obligationem ex contractu vel ſibi vel alii, duabus de cauſſis accidit. Aut enim natura contrahere non poteſt; aut cum poſſit, iure tamen in ea ſpecie, de qua agitur, obligationem ſive actionem acquirere prohibetur.

III. Naturali contrahendi facultate deſtituuntur in univerſum duo, etiam ſi maxime his ex contractu quæſitum velimus, furioſus, & infans. Horum enim nulla intelligentia eſt, nullus ſenſus de rebus. Nullus autem contractus ſine conſenſu cum eius, qui promittit, tum eius, cui promittitur. *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.* Ideo ſupra, hos negavimus ullum negotium gerere poſſe. Quo ſignificatur, non tantum nihil eos agere, si promittant: ſed ne ſic quidem, ſi ſtipulentur, aut quid gerere videantur, quo ſibi acquirant. *L.* 1. *§. ult. D. de obl. & act. §. furioſus, §. pupillus*, ſeq. *Inſtit. de inut. ſtipul.* Eo fit, ut ſi quid his promittatur, quanvis in ſpeciem ſtipulantibus, aut aliquid conſentienti ſimile gerentibus, tamen non obligetur, qui promittit. Finge furioſum, cum eſſet in conſpectu inumbratæ quietis, aliquid locutum & viſum conſentire; aut infantem aliis verba præeuntibus ea balbutire, quæ erant ſtipulantis. Non ideo ulla futura eſt obligatio, etſi quis his promiſerit eo animo, ut vellet ſe obligatum.

IV. Cæteri, quorum conſenſum aut nullum eſſe, cum bona deminuunt, aut non eſſe ſatis firmum ad promittendum, ſupra diximus, niſi tutoris aut curatoris auctoritas acceſſerit, in ea cauſſa ſunt omnes, ut cum de obligatione his acquirenda agitur, ſatis conſenſu valere exiſtimentur, vel ſine ullius auctoritate ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi acquirant. Tributur hoc prodigo in *d. L.* 6. *D. de verb. obl.* impuberi qui infantiam exceſſit, in *d. §. pupillus. Inſt. de inut. ſtip.* Quod multo magis puberibus intelligentia maiore præditis tributum intelligendum eſt.

V. Sunt & in ſtipulatione, qui ea præſtare non poſſint, quæ ſunt propria ſtipulationis, ſive ſtipulentur, ſive promittant. In quo numero mutum & ſurdum eſſe ſupra diximus. Ideo hi ut promittendo obligari ex ſtipulatu non poſſunt, ita nihilo utilius ſtipulari, ut qui his promittit, obligetur.

VI. Alterum genus eorum, qui ex contractu acquirere obligationem non poſſunt, quibus ideo ex ipſorum perſona inutiliter promittitur, eſt eorum, qui contrahere quidem, & rem gerere naturaliter recte poſſunt, ſed iure in ea ſpecie, de qua agitur, obligationem ſeu actionem acquirere prohibentur. Prohibendi cauſa aut a perſonis contrahentium, aut a re de qua inter eos agitur. A perſonis contrahentium, cum ii ſunt, inter quos actio naſci non poteſt. A re de qua agitur, cum is creditor eſt, qui de ea re de qua agitur contrahere prohibetur.

VII. Actio iure civili inter hos naſci non poteſt, inter dominum & ſervum; inter patrem & filium qui in patris poteſtate eſt, de peculio profecticio; inter duos fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, ex cauſſa eiuſdem peculii profecticii. *§. hi qui. Inſtit. de obl. quæ ex del.*

VIII. Si dominus cum ſervo ſuo quid gerat, ex quo inter alios obligatio & actio naſcatur, hic certe non naſcetur. Sive id agatur, ut ſervus domino debeat, ſive contra, ut dominus ſervo. Servum nulli civiliter obligari nedum domino iam ſupra diximus, ut cum quo iudicium non conſiſtat, qui iure civili pro nullo habetur. *L. ſervus. C. de iud. L. quod attinet. D. de reg. iur.* At poteſt dominus aliis obligari: poteſt & cum eo iudicium conſiſtere. Verumtamen idem si quid ſervo ſuo promittat, si quid ex alia cauſſa contrahendo ei debere velit, [1] naturaliter ei debere poteſt, civiliter non obligatur. *L. ſi quod dominus, D. de condit. ind.* Nempe ideo, quod ſervus creditor non eſt is, qui a domino promittente acquirere poſſit obligationem civilem vel ſibi, vel alii. Ipſum ſibi acquirere non poſſe conſtat; quia ſervus nihil ſuum habere poteſt. Si quid acquirit, acquirit domino, cuius eſt in poteſtate, uſque adeo ut nec momento apud ſervum

1) Vid. *C. prec. N.* 1. Quin & a ſervis in dominos beneficia proficiſci, ac, ut Seneca 3. *de Benef.* 18. ſervi dominos beneficii ſui facere poſſunt, de quo Gruter. 1. *Suſpic.* 13. Liber autem bona fide ſerviens ex promiſſione quidem obligatur ei cui ſervit. Non autem eundem ſibi obligat, *L.* 118. *pr. de V. O.* Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 7. *Concl.* 7.

vum consistat. §. *item vobis*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* *D. de acq. hered.* At hac ipsa de caussa nec dici potest acquirere alii etiam domino. Sic enim fit, ut, quæsita domino obligatione, incipiat is esse debitor ex persona sua, & creditor ex persona servi. Quæ duo quoties in eamdem personam etiam ex eventu concurrunt, quia natura non fert, toties obligatio confusione tollitur. *L.* 5. *Granius*, alias, *Uranius*. *D. de fideiuss.*

IX. Idem iuris est in his quæ geruntur inter patrem & filium, qui est in patris potestate. Sic definitio est Iustiniani in §. *hi qui*. *Inst. de obl. quæ ex del.* inter eos, quorum unus in potestate alterius est, nulla ex caussa, proinde nec ex contractu posse obligationem nasci. Promiserit ergo aliquid filiusfamilias patri, aut aliter cum eo contrahendo se ei obligarit. Sive peculium non habeat, sive habeat, sed id quod acquiratur patri; puta profecticium: obligabitur quidem patri naturaliter, nam & servus isto modo obligaretur domino: civiliter obligari non potest, id est non ita, ut sit patri adversus eum actio. Idque est, quod dicitur, litem nullam nobis esse posse cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio. *L. lis nulla*, *D. de iud.* Litis enim verbo omnis actio significatur. *L. litis*. *D. de verb. signif.* Cur ergo non obligetur filius patri? Non utique propter personam suam, quasi filiusfamilias conditione ipsa personæ non possit obligari. Iam enim diximus filiumfamilias ex omnibus caussis tanquam patremfamilias obligari, & agi cum eo tanquam cum patrefamilias posse. *L. filiusfamilias*, *D. de obl. & act.* *L. tum ex contractibus*, *D. de iud.* Cur ergo hic non obligatur, inquam? Nempe propter personam patris, cui adversus hunc filium non potest iure civili nasci actio. Quod certi iuris esse diximus. Enimvero cur non potest? Id potestas, quam pater in filium obtinet, facit. Hæc ita filium quodammodo addicit, & velut adglutinat patri, ut in his quæ ei per filium acquiri possunt, ambo [a] una & eadem persona esse existimentur, & vox unius esse vox alterius. §. *ei vero*, *Inst. de inut. stip.* Unde evenire necesse est, quasi pater sibi ipse promiserit, quod filius ei promisit, ita iure civili nulla hinc contrahitur obligatio, nulla nascitur actio. Sic enim natura comparatum est, ut in omni negotio & facto, unde obligatio oritur, duos esse oporteat, quorum unus sit, qui debeat; alter, cui debeatur; nec possit quisquam sibi ipsi obligari. Quod usque adeo verum est: ut vel ex eventu exstinguatur obligatio, quanvis ab initio recte contracta, si debitor creditori, aut creditor debitori successerit, ut sic unus & idem efficeretur iam debitor & creditor. *L. debitori*, *C. de pact.* *L. Stichum*, 95. §. *aditio*, *D. de solut.* Sed hæc ita sunt, inquam, si filius nihil habeat, aut habeat tantum peculium profecticium. Hactenus enim probatur his rebus esse filiusfamilias, dum pro ea potestate, cui subiicitur, nihil habet; nam nec peculii profecticii dominus est, sed pater. §. 1. *Inst. per quas person. nob. acq.* Quod si qua obtigerint filiofamilias, quæ patri non acquiruntur, sed sint filii propria, ut sunt ca-

a) Hæc vera & genuina ratio, nec alia investiganda, cum & habeatur in *L.* 16. *de furt*, *L. imp.* 52. *ad Treb* *L. si quis* 56. §. 1. *de fidei.* quæ & vulgo reddi solet; & convenit Loriot. *de iur. arte Tr. de consangu. Ax.* 25. (qui & *n.* 22. rationem Fulgosii reiicit, quia filius sit patris. Nulli vero sua res obligetur. Nam sic nec naturaliter filio pater obligaretur) & Gœd. *de Contr. stip.* *C.* 7. *n.* 38. *& seqq.* A. Fab. 20. *Coniect, ult. in pr.* Aliam tamen rationem reddit Coras. 4. *Misc.* 3. *n.* 6. quia lex, inquit, naturæ imitatrix, noluit obligationem producere, quæ nullius effectus futura, inutiliter enim filius obligaretur patri, cui omnia acquirit. Quare ubi non inanem futuram obligationem lex prospexit, ut in castrensibus: eam non gravate induxit. Cuius verba, quæ plura sunt, refert, auctore non nominatim, sed generatim tantum laudato, & loco non adsignato, Io Hennequin. *in not. ad Accurs in L.* 3. § 4. *de minor.* ut & alias solet in magnæ curæ & laboris, ceu ipse venditat, opere, toto fere ex aliorum operibus, maxime Corasii miscellaneis, consarcinato, totis ubique paginis ad verbum, sine delectu & iudicio, exscriptis. Cuiusmodi vel dupondio sive conficere facile, sive confutare, ex non meo, sed P. Fabri, qui eum satis rusticatim tangit 3. *semestr* 24. *pag.* 396. *& seqq* iudicio. Sed mittamus hæc. Alia ratio est Vicon. 1. *Declar* 9. *n.* 4 quia videlicet Lex civilis illis ponitur, in quibus & iniustitia & iudicium esse potest. Quæ si inter quos esse nequeant, inter eos nec actio. Sed inter patrem & filium non potest esse iniustum, quia omne acquiritur patri, iniustitia vero ad sua esse non potest. Quia autem filiusfamilias miles non acquirit patri, ideo inter eum & patrem est iudicium & actio Sicuti & naturalis obligatio, quia iure naturæ filius non acquirebat patri. Verum hæc valde contorta sunt & longe petita, & si quæratur cur omne acquiratur patri per filium, necesse est confugere ad patriam potestatem, cuius effectus illa unio, Quæ utique ex fictione est. Zoan *ad L.* 2. *C. de pact inr. empt. n.* 21 Unde in iis quæ sunt iuris obtinet, non quæ facti. Alex. Trentacinq. *de Sacrit. P.* 1. *C.* 5. *n.* 5. *&* 6. Nec partim ex veritate, ut Tiraq. *de l. primigen* Q. 40. *n.* 41. Nec ex iure naturæ, ut Vacon. *d. Dec ar.* 9. *&* 3. *Decl* 50. *n.* 1. Sed civili, ut & Bart. Bald. Castr. Ias. & alii *in L. frater a fratre*. Nam ius naturale numerat tot personas quot capita sunt, parique omnes iure æstimat. Hotom. *in Disp L. frater a fratre*. Quin & ipsa nomina patrisfamilias & filiifamilias sunt civilia. Hæc enim non hominum, sed civium Romanorum divisio, *L. nam civium Rom* 4. *de his qui sui*. Cessat autem in emancipatis unionis fictio, (licet iure naturæ non minus sint filii) per *L.* 10 *de opt. leg.* & apparet ex omnibus unionis effectis. Non iuvat Vaconium vocula *natura* in L. ult. *C. de impub. subst.* Recte enim occurrit A. Fab. 1. *Iurispr. Princ.* 7. ex verbo *intelligatur*. Non habetur *d. L. ult.* natura eamdem personam esse, sed intelligi. Quare non naturam solam intuemur, sed commentum ac imaginem, quæ a natura non est *L.* 23. *pr. de lib. & postum.*

castrensia, & quasi castrensia, in his iam filiusfamilias non pro filiofamilias, sed pro patrefamilias habetur. *L.* 2. *D. de sen. Mac.* Quæ res facit, ut ad quantitatem eorum bonorum possit esse patri actio adversus filium, proinde & eo usque contrahatur civilis obligatio. Idque est, quod excipitur in *d. L. lis nulla*, *D. de iud.* cum ita definitur, nullam litem nobis esse posse cum eo, qui est in nostra potestate, & adiicitur, nisi ex castrensi peculio. Qua ratione & peculium [3] adventicium exceptum intelligemus ex posterioribus constitutionibus, ut ad huius quoque quantitatem obligari patri possit filiusfamilias. Nam & hoc peculium tributum est filiisfamilias, saltem usque ad proprietatem: plerisque etiam in caussis pleno iure. *L. cum oportet*, & authenticis ibi insertis, *C. de bon. quæ lib.*

X. Si non obligatur filius patri, multo minus pater filio, quem in potestate habet. Quod & ipsum ex persona filii accidit. Pater enim is est, qui aliis omnibus possit obligari quavis ex caussa. Sed quominus hic obligetur, facit filii persona, cui non potest adversus patrem actio acquiri. *d. §. hi qui. Inst. de obl. quæ ex del.* Non tantum ideo, quia illius sit eadem persona cum patre: sed etiam quod si qua actio hic quæreretur filio ex caussa peculii profecticii, ea statim per filium acquireretur patri, ut sic non tam extingui confusione, quam ab initio nec consistere intelligatur. Quod tamen & ipsum eadem conditione dictum est, si quid contractum sit cum filio ex caussa peculii profecticii. Puta si quid promiserit pater ex hac caussa filio, aut si pecuniam peculii ab eo mutuam acceperit. Quod si ex caussa peculii castrensis & similium, quæ patri non acquiruntur, se obligarit pater, consistet etiam iure civili obligatio. *d. L. lis nulla.* Sed hæc tam in filio, quam in patre dicta sunt de civili obligatione. Cæterum & filius patri promittens quid, aut pecuniam mutuam ab eo accipiens obligatur patri naturaliter: & contra pater filio promittens obligatur naturaliter filio. *L. frater*, in princ. & *§. penul. D. de cond. ind.* de quo amplius ad *L. frater*, infra.

XI. Eadem caussa est fratris cum fratre, qui in eiusdem patris potestate est, contrahentis. Si quid frater fatri in eiusdem patris potestate constituto promittat ex caussa peculii profecticii, si quam ab illo pecuniam istius peculii accipiat, si quid emat, fratri creditori non obligatur. *L. frater*, *D. de cond. ind.* An quod frater, qui promittit, aut ex alia caussa debere vult fratri, est filiusfamilias? Sed iam aliquoties dixi filiumfamilias, si nihil aliud obstet, quam personæ conditio, ex omnibus caussis obligari tanquam patremfamilias. *L. filiusfamilias*, *D. de oblig. & act.* Est igitur hæc caussa, cur frater hic fratri non obligetur, quia fratri creditori a fratre debitore obligatio acquiri non potest ex caussa peculii profecticii: quippe quæ per illum statim acquiritur patri, ut nec momento consistat in filii persona. *L. placet*, *D. de acq. her.* ut si quid frater debitor alicui debeat in hac caussa, [4] patri debeat, non fratri. Sed nec patri ipsi hic filius civiliter potest debere. Iam enim supra effectum est, filium patri ex peculio profecticio obligari non posse. *d. L. lis nulla*, *de iud.* Unde hic quoque naturalem tantum obligationem intervenire necesse est, qua frater debitor in proposito teneatur patri. *d. L. frater.* in pr. *de cond. ind.*

XII. Est &, ubi is, cui promittitur, actionem acquirere non possit in ea caussa, de qua agitur. Unde simul eveniat, ex illius persona, ne promissor ei obligetur. Id accidit in his, qui consentire, & ea præstare recte possunt, quæ sunt contractus; quibus iisdem conditione personæ ab eo qui promittit, obligatio acquiri potest: sed certis de caussis prohibentur iure certis de rebus, aut certis modis contrahere. Quorum hæc est summa. Sunt enim, quibus interdictum est, sibi tes aliquas parare. Sunt, quibus interdicta sit rerum alienarum conductio.

XIII. In priore genere observavimus hos esse, præsides provinciarum; eos qui sunt cum præsidibus, eos qui officii caussa in provincia agunt; milites item qui agunt in provincia aut præsidii, aut belli caussa; palatinos; item tutores, curatores, & generaliter omnes qui negotia aliena administrant. In quibus omnibus contrahendi interdictio non est una. Ideo conveniet notare in singulis, quid hic cuiusque generis sit proprium.

XIV. Præsides provinciarum prohibentur in ea provincia, quam administrant, donationis caussa accipere, item emere, res quidem mobiles alias, quam quæ ad victum

3) Dissentit Gœd. *de Contr. stip. C.* 7. *n.* 43. *& seqq.* quia nec ius vetus, quoad hoc correctum, nec ius familiæ in adventitiis filiofamilias tributum.

4) Et inter omnes fratres eiusdem familiæ inducta eadem unionis fictio, per necessariam consequentiam, ut ex § 9. & 10. *I. de testam.* probat Hot. *in L. frater a fratre* & consentit Gœd. *de Contr. stip. C.* 7 *n.* 85. *per L.* 67. §. 3. *de rit. nupt.* Ant. Fab. 20. *Coniect. ult.*

victum, & vestitum pertinent: immobiles autem omnes sine exceptione, præterquam in hac re una, si sint prædia paterna, quæ a fisco distrahantur. *L.* 1. *C. de contract. iud. L. qui officii, D. de contr. empt.* Hac interdictione fieri intelligimus, ut si quid isti contra pacti sint sibi dari, aut emerint, pactio, & emptio sit inutilis. Unde evenit, ut qui promiserunt, vendiderunt, rebus integris non obligentur: ut fit in omnibus rebus adversus legis interdictionem & voluntatem contractis. *L. non dubium*. in fin. *C. de legib.* Quod si nihilominus illis res tradita erit ex his caussis, placet eum qui dedit, rem ut minime translatam, ac proinde tanquam suam vindicare posse: sic tamen, ut æstimatio vindicatæ fisco inferatur. *L. aufertur. §. quod a præside, D. de iur. fisc.* Iidem ex provincia, quam administrant, mulierem oriundam, vel ibi domicilium habentem, uxorem ducere prohibentur. *L. si quis officium*, 38. in princ. *D. de rit. nupt.* Itaque si duxerint, & dos nondum data erit, quæ his promissa erat, non debebitur ab eo, qui promisit, ut promissa contra legem. *d. L. non dubium, Cod. de legib.* Si data sit, placuit dotem [5] caducam fieri, ut significatur in *d. L. si quis officium*, §. 1. *de rit. nupt.* Dicitur autem in usu iuris res caduca, quæ a domino cecidit, & fisco vindicatur, ut solent res vacantes. *L. item veniunt, §. ait senatus, cum ante quam, D. de hered. pet.* Iidem præsides prohibentur [6] negotiari, mutuamve pecuniam dare, fœnusve exercere vel per se, vel per alium. *L. principalibus, D. si cert. pet.* Ergo in negotiatione venditio inutilis, ut nec obligetur qui emit. Et si pecunia ab his mutua data erit, non obligabitur, qui accepit neque ad usuras, neque adeo ad sortem ipsam. *d. L. non dubium*, in fin. *C. de legib.* Sed non ideo manebit pecunia mutua apud eum, qui accepit, aut pretium rei venditæ & traditæ apud emptorem: sed ut in rebus præsidi donatis constitutum est, ut revocatæ æstimatio inferatur fisco, dos data fit caduca: eodem exemplo recte defendetur & pecuniam mutuo datam, & æstimationem rei venditæ fieri caducam, & fisco inferendam. Harum autem interdictionum rationem reddidi in commentariis ad *d. L. principalibus, D. si cert. petat.*

XV. Sed admonendi sumus has interdictiones pertinere ad præsides provinciarum, quales fuerunt sub imperio Romano, de quibus & constitutiones superiores loquuntur; id est ad temporales. Quod si qui sint moribus nostrorum temporum alicubi perpetui, ad eos hæ interdictiones non pertinent, uti nec ad omnes provinciæ officiales perpetuos. *L. præsidis, D. si cert. pet.* Magistratibus urbis Romæ quanvis similiter temporalibus nihil illorum interdictum. Iis autem qui essent Constantinopoli, simile quiddam in emptionibus eorum & donationibus in eos collatis Iustinianus interdixit, quod legere est in *d. L.* 1. in princ. *C. de contract. iud.* Sed cum appareat certi loci constitutionem fuisse, & locus imperio Romano sit ademptus, nihil est, cur ea constitutione ad magistratus urbanos ullius loci uti possimus.

XVI. Eos qui sunt cum præsidibus, ut nominantur in *d. L. principalibus, D. si cert. pet.* accipere debemus domesticos, & consiliarios præsidum, ut hoc verbi explicatur in *d. L. unica*, vers. *extremo, C. de cont. iud.* His eadem interdicta, quæ supra præsidibus. *d. L. unica*, in fin. *de contr. iud. dict. L. principalibus, D. si cert. pet. dict. L. si quis officium, D. de rit. nupt.*

XVII. Qui alterius officii caussa in provincia agunt, quod quidem officium temporale sit, non perpetuum, prohibentur in eadem provincia prædia comparare, præterquam si paterna eorum a fisco distrahantur. *d. L. qui officii*, 62. *D. de contr. empt.* Non ergo prohibentur comparare res mobiles quascumque. Sed nec immobilia oblata donationis & liberalitatis caussa, non pretio quæsita. Similiter nec mutuo pecuniam dare. Quæ omnia præsidibus interdicta supra diximus. Illud tamen amplius cum præsidibus commune, quod & qui officium quodvis in provincia administrat, inde oriundam, aut ibi domicilium habentem non magis potest uxorem ducere. *d. L. si quis officium, D. de rit. nupt.* Et hæc interdicta his solum, qui officii caussa agunt in provincia. Illud ad omnes officiales etiam urbanos pertinet, quod placuit, ne quis ex officio, quod administrat, emat quid vel per se, vel per aliam personam. Alioqui ut non solum rem amittat, sed & in quadruplum teneatur fisco. *L. non licet, D. de contr. empt.*

5) *L.* 61. *de rit. nupt.* Cuiac. 1. *Obs.* 11. Rad. Forner. 4 *Rer. Quotid.* 11. Dissent. Brisson *de l. connub. pag.* 561. volens ut a fisco auferatur, proprium esse incestarum nuptiarum. *L.* 52 *d. tit.* & A. Fab. 1. *Iurisp.* 9. *Pr.* 1. *Ill.* 12. *per leg.* 63. *in fin. de ri. nupt.*

6) Quæ ratio, pete ex *Comm.* Don. *ad d. L.* 33. quorum forte epitomen, si res meæ ferent, posteriori parti subiungam, ideoque hac de re nihil hic adnoto.

empt. Ex officio autem quid emere dici videtur is, qui cum ex officio quod gerit, res aliquas publice distraheret, aut distrahere deberet, earum se emptorem constituit, & ex ea caussa ad se transtulit. Aut enim clam & mala fide id facit, aut si aperte in licitatione publica se ipsum ad licitationem intrudit, facile ab emptione deterrebit emptores cæteros, ut ita quam minimo emat. Quorum neutrum ferendum est in eo, qui ita munere publico ad suum compendium abutatur.

XVIII. Militibus qui in provincia agunt, hoc tantum ademptum, ne possint 7 prædia comparare in ea provincia, sed cum eadem illa exceptione, præterquam si paterna a fisco distrahantur. *d. L. qui officii, D. de contr. empt.* Unde intelligimus cætera quæ diximus interdicta esse supra scriptis personis, libera esse militibus, quanvis in provincia degentibus.

XIX. De palatinis extat constitutio in *L. ult. C. de rescind. vend.* qua cautum est, si quid vestium, auri, & argenti, vel mancipiorum contigerit venundari a privatis principis, non licere palatinis quidquam earum rerum emere; pœna hac indicta, ut infirmato contractu etiam pretium amittant. Alciatus ad *L. principalibus, D. si cer. pet.* recte hæc verba sic accepit, ut privati principis intelligantur comites seu præfecti rerum privatarum principis. Palatini autem horum comitum & præfectorum asseclæ & comites. Unde intelligitur interdictionis ratio. Nam si illi ad emptionem admittentur, facile futurum est propter gratiam, aut nonnullam potentiam qua metuuntur in vulgus propter ipsos præfectos quibus grati sunt, ut dimoveant ab emptione cæteros, quo rem auferant, atque ita aut rem quam minimo emant, aut non patiantur tanti emi, quanti alii forte empturi forent, non sine damno rei privatæ principis.

XX. De tutoribus, & cæteris rerum alienarum administratoribus ita scriptum in *L. si in emptione, §. ult. D. de contrah. empt.* tutores, curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt, rem domini cuius negotia sunt, emere non posse; etiamsi res in ea caussa sit, ut vendi possit; ne scilicet munere ad utilitatem dominorum comparato ad suum compendium per speciem officii abutantur, ut significatur in *L. non existimo*, in fin. *D. de adm. tut.* Sed hoc sic accipiendum est, nisi quid isti ex bonis domini, quæ distrahi possunt, palam & bona fide emant. Hoc enim etiam tutori in bonis pupilli facere licere supra ostendi, cum de potestate tutoris in rerum pupilli administratione agerem *Lib. 3. Cap. 12.* & concessum est nominatim in *L. cum ipse, C. de contr. empt.* quod multo magis & cæteris rerum alienarum administratoribus licere intelligendum est. Neque ideo hæc pugnantia esse quis existimet, quod in *d. L. si in emptione, §. ult.* nihil distinguitur, sed generaliter dicitur, tutorem rem pupilli emere non posse. Nam his ipsis verbis satis continetur superius illud temperamentum, si attendere volumus. Quod enim dicitur tutorem emere non posse; cum hoc ad conditionem & munus personæ relatum est, apparet sic accipi debere, si ut tutor emat. Quod si emat non officio tutoris fungens, sed ut extraneus quivis a tutore emens faceret, in eo pro extraneo, non pro tutore est habendus, idemque illi in hac re licere, quod extraneo, intelligendum est. Et hoc ita esse indicatur in *L. non existimo, D. de adm. tut. L. tutores, D. de auct. tut.* Iam vero tutor ut extraneus intelligitur emere, cum palam & bona fide emit. Quapropter quominus tutor ita emat, superiore generali definitione non prohibetur. Quod tum intelligetur, cum scierimus quid sit palam & bona fide emere. De quo scripsi, eadem illa potestate tutoris in rebus administrandis ita exigente, eodem *Lib. 3. Cap. 12.*

XXI. Sunt, ut dixi, quibus proprie interdicta sit rerum alienarum conductio. In quibus sunt tutores, curatores, milites, ecclesiasticæ personæ, curiales, fabricenses. Tutoribus & curatoribus pariter interdictum, ne quandiu tutelam aut curam gerunt, aut finita tutela vel cura priusquam rationes reddiderint, quidquam conducant de patrimonio principis, aut a fisco. Traditum in *L. ει πάντων 49. D. loc.* Unde intelligitur si conducant, nullam hinc obligationem esse neque locatoribus, neque conductoribus; ut de curialibus in simili interdictione cautum est in *L. curiales, C. de locat.* Adiecta etiam ibidem hæc pœna adversus tutores & curatores, qui dissimulantes ad conductionem accesserint, ut tanquam falsarii puniantur.

XXII. Militibus in universum interdictum, ne alienas res conducant, neve procuratores, aut fideiussores, vel mandatores conductorum fiant. *L. milites, C. de*

7) Nec equum militarem extra provinciam ducere licet *L. 12. §. 1. de re milit.* Briss. 4. *Antiq.* 4. Nobilibus quoque negotiatio prohibita *L. 3. C. de commerc.* vid. Tiraq. *de Nobil. C.* 33. Niell. *Disp. feud. 2. Th. 6. lit. A.*

C. de locat. Ex quo quidem in obligatione pœnam eamdem intelligi oportet, ut si quid contra factum erit, nulla sit in utramque partem obligatio. Sed & pœna gravior constituta est a Iustiniano in eamdem rem in *L. ult. C. de locat.* ut milites qui conduxerint, ipso iure militiæ honore cadant: qui autem locaverunt, nullam exactionem habeant adversus conductores, atque ita reditibus suis excedant. Hoc tamen ita, si quis sciens militi locaverit. Aut alio conducente militem procuratorem vel fideiussorem admiserit. Quod si ignorans fecerit, placet eum non amittere rerum ex conductione præstandarum exactionem. *L. si ignorans, 50. D. loc.*

XXIII. Idem interdictum ecclesiasticis personis omnibus, sive quæ munere aliquo iam fungantur in ecclesia, ut ministri verbi, sive quæ ecclesiæ addictæ ad operam ecclesiæ in aliquo munere navandam destinatæ sunt. De his cautum *Novel. de sanct. epis. §. alium.*

XXIV In eadem caussa [8] curiales, de quibus cautum est in *L. curiales, C. de loca.* Quo iure posito consequens fuit, ut idem interdiceretur fabricensibus. Nam & fabricenses sunt ex numero curialium. *L. fabricenses, C. de decur. Lib. 10.* Idque ita factum est: exstat constitutio in *L. ult. C. de fabric. Lib. 11.* Qui sint curiales diximus supra suo loco, *Lib. 2. Cap. 21.* Fabricenses autem dicebantur, qui ex ordine curialium adhibiti erant fabricis publicis monetariis monetæ ibi cudendæ caussa, ut licet intelligere ex toto *Tit. C. de fabric.*

8) Vid. de his P. Nicol. Mozz. *de Locat. Cap. 3. de his qui possunt locare, &c.*

C A P. XXIV.

De obligatione filiifamilias in mutuo: seu De senatusconsulto Macedoniano. Ac primum quid Macedonianum vetet de pecunia filiofamilias mutuo danda: & quæ ratio vetandi.

I. His in universum cognitis de iis personis, quæ obligari non possunt, redeo ad obligationem filiorumfamilias, & mulierum, quas & ipsas personas quibusdam

dam in caussis non obligari diximus. Sed cum earum exceptiones in hoc genere pleniorem & proprium tractatum desiderare viderentur, ideo in hunc locum distulimus, ut separatim exposite melius exstarent, neque impedirent reliquarum personarum huius generis cognitionem, de quibus iam dicam.

II. Ergo ut supra posuimus, regulariter filiusfamilias ex omnibus caussis tanquam paterfamilias [1] obligatur. *L. tam ex contractibus, D. de iud. L. filiusfamilias, D. de oblig. & act.* Exceptae duae caussae: votum in caussa publica, & pecunia credita in re privata & familiari.

III. Voto [2] filiusfamilias iure Romanorum sine auctoritate patris non obligatur. *L. 2. §. 1. D. de publ.* Sed cum voveatur Deo, & voti solutionem nomine Dei exigat respublica, magis haec praestatio ad ius publicum pertinet, ut & ius omnium pollicitationum. Unde & *Titulus de pollicitationibus in Pandectis* in tractatum de iure publico relatus est. Quapropter & in eum locum haec quaestio reiicienda est. Et sane ad id quod instituimus, non pertinet. Agimus enim de obligationibus quae sunt ex contractu. In voto & in pollicitatione omni nullus est contractus, quia non est conventio, *L. 3.* in princ. *D. de poll.* quod & supra attigimus.

IV. Ex pecunia credita si qua est obligatio, ea huc pertinet. Est enim & ex contractu, & privata, utpote quae quaeratur etiam privato creditori. Nunc ergo de ea agimus, & ita ius est, ut nec ex pecunia credita obligetur filiusfamilias. Id effectum est senatusconsulto Macedoniano, quod exstat in *L. 1. D. de senat. Macedon.* ut sententia eius senatusconsulti cognita, simul quae hic & quae-lis obligatio sit filiisfamilias, intelligatur. De qua dicam, si prius monuero de verbo, appellatum esse hoc senatusconsultum praeter morem aliorum. Nam caetera senatusconsulta more Romano nomen habent ab eo Consule primo, quo in Senatu verba faciente Senatusconsultum in eius sententiam fiebat: ut Trebellianum, Pegasianum, Orphitianum, & hoc ipsum, quod proxime sequitur de intercessionibus mulierum Velleianum, & similia, ut indicatur his locis, *L. 1. D. ad Trebellian. §. restituta, §. sed quia heredes, Inst. de fid. her. Instit. de sen. Orph. L. item veniunt, §. pridie, D. de her. pet.* Aliter [3] Macedonianum: cui nomen est a Macedone, non filiofamilias iuvene & luxorioso, cui credita esset pecunia, ut Theophilus scribit in *§. penult. Instit. quod cum eo.* Sed improbo & insigni [4] foeneratore, qui huic senatusconsulto caussam dedit, ut senatusconsulti verba liquido indicant.

V. Huius senatusconsulti summa paulo pluribus & dilucidius comprehensa est in *d. §. illud, Instit. quod cum eo.* Sed partes pluribus verbis, & diligentiore explicatione egent. Habet praeterea & senatusconsultum ipsum ex senatusconsulti sententia exceptiones complures neutro in loco superiore expressas. Quae cum omnia ad cognitionem senatusconsulti necessaria sint, de his ordine dicendum est. Ut autem genera possint constare, de quibus hic quaeritur, animadvertendum est senatusconsulti duas esse partes, ut ostenditur in *d. §. penult. quod cum eo.* Constat enim prohibitione, & poena: dum & prohibet pecuniam mutuam dari filiosfamilias: & si contra factum sit, poenam statuit. His si addiderimus senatusconsulti

1) Cur contrahere potest, qui testari nequit. Resp. Gomez. 2. *Res. 1. n. 2.* quia ad contractum sufficit spes acquisitionis probabilis. Et licet nec emancipetur: tamen personam habet quae carcerari potest, si iudicatum condemnatus facere nequeat. *L. 1. L. pen. C. Qui bon. ced.* in verbis; *ne patiantur iniuriam.* Hot. *ad L. 6. C. de iudic.* Convenitur igitur & patre vivente, licet condemnatio contra eum facta ad bona paterna, non peculiaria, non extendatur. Nic Sudor. *Lib. 1. Disp. Civil. pag. 14.*

2) Unde Serv. in illud Virgilii

Ipse pater voveo famulam . . . . . .

Bone pater, inquit, *quia vovendi potestatem non nisi patres habent*, ref. Andr. Clud. *de Condict. C. 3. n. 49.* Quae ratio? Eadem quae facit ne testari possit: quia non habet quae voveat: ita post Alc. 5. *Parerg.* 9. Ierem. Setser *Lib. 1. de Iuram. C. 13. n. 4. & 5.* Hopper. *Lib. 3.* [illegible] *pag. 93.* sic: quia votum personam voventis, quae in dominio patris, non rem quae vovetur obligat ac afficit *d. L. 2. pr.* Utraque ratio contractibus communis, ideoque inconveniens. Vid. Goth. *ad d. L. 2.*

3) Factum autem id tempore Vespasiani. Sueton. *in Vespas. C. 11.* tametsi & aliquid ea de re cautum tempore Claudii: Senatusconsultum tamen hoc plenius. Duar. *h. t. C. 1.* Diss. P. Fab. *1. Semest. 25. pag. 168.* volens Claudio Imp. & Vitellio Coss. conditum A. V. C. 799 Fuit & antea eius sententia Romanis in usu, ex lege Solonis Wes. *in Par. h. t. n. 1.* Quo & Terent. *in Phorm. Act. 1. Sc. 5.* videtur, alludere: Vid. Alex., ab Alex. *Lib. 1. Gen. Dier. C. 7.*

4) Quia credebat incertis nominibus *d. L. 1. pr.* Incerta nomina quae sint, varii varie. Accursius refert ad debitorum personas, quia incertum & ex casu mortis paternae pendens an aliquid recepturus. Quamvis autem simili sensu

Horatius

Cautos nominibus certis expenere nummos

tamen hoc ei loco minime convenit. Neque enim odio sed commiseratione dignus fuisset Macedo. Budaeus intelligit caussas titulosque credendi, quos cautionibus non adscripsit, ne turpitudo eius manifestaretur & Wes. *in Par. n. 2.* ac Hot. *6. Obs. 19.* ex *Cic. Frumentaria & Quintiana.* Quod reprobat Forc. *Dial. 98. n. 1. & 2.* exponens chirographa sive cautiones, quibus non factum certum solutioni tempus, ut subinde debitorem creditor vexare possit. Aliter Raev. *ad L. 24. de R. I.*

exceptiones, intelligemus summam totius senatusconsulti sententiæ ad tria ista capita referri. De quibus eodem ordine dicemus.

VI. Ergo quod senatusconsultum prohibet, tale est. Vetat, ne quis filiofamilias mutuam det pecuniam. Sic dicitur prohibere in *d. §. penul. quod cum eo.* prohibitionis autem superiora verba expressa sunt senatusconsulto in *L. 1. D. eod.* His verbis paucis quinque continentur; totidem sigillatim expendenda, quia iuncta locum senatusconsulto faciunt; si quid autem eorum desit, senatusconsulto locus non est. Ex quibus duo priora ad personas contrahentium pertinent; posteriora tria ad rem hic prohibitam.

VII. Primum vetat, ne quis det. Quibus verbis omnibus creditoribus cuiuscumque conditionis sint aut ordinis, interdicta est mutui datio, quæ in filiumfamilias conferatur. Proinde non in privato tantum, sed & in 5 civitate mutuam pecuniam dante filiofamilias senatusconsultum locum habere placuit. *L. nihil. D. eod.* Qua ratione idem & in fisco admittemus.

VIII. Secundo loco vetat dari nominatim filiofamilias. Filiusfamilias in usu iuris is dicitur, qui est in potestate parentis. *L. 4. D. de his qui sunt sui vel al. iur.* Sed proprie & ex significatione verbi, is qui masculus cum sit, est in potestate non cuiusvis parentis, sed patris, cum quo collatus, dicitur eius filius. Et quidem in sexu nemo dubitat, quin filiafamilias non sit filiusfamilias. Quod autem ad gradum attinet, constat distinctos esse liberorum gradus, & eos qui primo gradu sunt, dici filios; qui secundo, nepotes avo; qui tertio, pronepotes proavo, & ita deinceps. Denique aliter filios; aliter nepotes, & reliquos liberos appellari. *§. postumorum, Instit. de exhib. lib. L. 6. D. de test. tut.* Hinc quæsitum, an senatusconsultum in sexu ad filiasfamilias, in gradu ad nepotes, qui essent in potestate avi; pronepotes, qui essent in potestate proavi, pertineret. Et placuit omnes filiifamilias appellatione contineri, & ad senatusconsultum pertinere. De filiasfamilias traditum in *L. sed si paterfamil. §. hoc senatusconsultum, D. eod.* Et recte. Est enim hoc ex sententia loquentium, & usu perpetuo iuris, ut pronuntiatio sermonis in sexu masculino, ad utrumque sexum pertineat, nisi quid aperte refragetur. *L. pronuntiatio,* in prin. *L. verbum hoc, si quis,* quæ est L. 1. *L. liberti, D. de verb. signif.* Ad nepotes autem & pronepotes senatusconsulti auxilium porrigi, licet filiifamilias meminerit, diserte scriptum est in *L. pen. C. ad senat. Mac.* idem in *L. filium. D. eod.* Recte hoc quoque. Nam omnes, qui sunt in potestate parentis, quocumque gradu sint, ab eo, cuius sunt in potestate, in usu iuris communi nomine appellantur filiifamilias. *d. L. 4. D. de his qui sunt sui vel al. iur. L. pronuntiatio, D. de verb. signif.* Et tamen quia non propria significatione verbi id fit, sed ex sententia loquentis, & usu iuris recepto, ideo bene dictum est in *d. L. pen. C. eod.* senatusconsultum ad nepotes & pronepotes porrigi, non de his scriptum esse.

IX Nec nos moverit, quod filiifamilias non possint dici coniuncto vocabulo, nisi qui & ipsi per se sint filii. Nam & nepotes, omnesque omnino liberi inferiores filii appellatione in usu iuris continentur. *L. filii. L. liberorum,* in fi. *D. de verb. signif.* Negat tamen Ulp. contineri in *d. L. 6. D. de test. tut.* quod & refertur in *§. ult. Inst. qui test. tut. dar. poss.* Sed id facit in ea specie cum quis tutorem dedit filiis, in qua voluntas testatoris refragatur, quominus videatur is hoc verbo sensisse etiam de nepotibus. Nam ut pluribus exposuimus *supra Lib. 3. C. 4.* primum sub appellatione certa liberorum non videtur filiis tutorem dando comprehendisse nepotes, quia non est existimandus voluisse gravius onerare tutorem, ut præter significationem propriam verborum videatur simul & filiis dedisse, & reliquis omnibus liberis. Alioqui infinitum ei imponeretur onus. Tum autem ne id quidem liberis expedit. Non enim omnes tutores omnibus liberis æque conveniunt. Qui conveniunt filiis, non continuo conveniunt nepotibus aut pronepotibus. Intelligitur autem prudentia & sollicitudo parentis vigilasse, ut eos tutores daret, qui singulis convenirent. Nihil huiusmodi licet dicere in hoc senatusconsulto, in quo potius omnia concurrunt, cur beneficium constitutum in uno genere liberorum, qui sunt in potestate, ad omnes qui in eadem potestate sunt, ex æquo pertinere debeat. Sed & hic alia defensio parata est, eaque certior. Etsi enim concederemus filii appellatione non contineri nepotes, & reliquos liberos inferiores, quasi ea esset Ulpiani sententia superior: tamen ad hoc senatusconsultum non pertineret. Loquitur enim non de filio simpliciter, sed de filiofamilias. Hoc ver-

5) Ubi dubium movit, quod verosimile non sit, administratores civitatis velle filiosfamilias corrumpere, Duar. *h. t. C. 1.*

verbum, ut ante attigi, usus iuris ita trivit, ut eo significentur omnes, qui sunt in potestate parentis, quisquis sit is parens, sive is sit pater, sive avus, sive proavus, & deinceps reliqui superiores. Idque ex eo licet intelligere, quod ius civile Romanorum cum de potestate liberorum hominum agitur, duo tantum hæc genera statuit, patresfamilias & filiosfamilias. Ut patresfamilias dicantur omnes, qui sunt sui iuris, sive liberos habeant, sive non habeant: filiifamilias omnes, qui sunt in parentis potestate. *d. L.* 4. *D. de his qui sunt sui vel al. iur. d. L. pronuntiatio*, §. 1. *D. de verb. signif.* Scimus autem ex liberis non solos filios esse posse in potestate patris, sed & nepotes in potestate avi, & pronepotes in potestate proavi, atque ita deinceps. §. *ult. Inst. de patr. pot.* Summa ergo hæc est, verbo filiifamilias in senatusconsulto Macedoniano contineri omnes liberos, qui sunt in potestate, non tantum masculos, sed etiam fœminas; nec tantum qui sunt primo gradu filii, sed etiam qui sunt inferiores, nepotes, puta, in potestate avi, pronepotes in potestate proavi. Idque & verba senatusconsulti postea arguunt. Sic enim verba sunt: *ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset.* Non dixit senatus, post mortem patris, sed parentis generaliter, ut intelligeremus, filiifamilias appellationem præcedentem referri ad omnem, qui fuisset in potestate parentis cuiuscumque, ac non patris tantum, ut huic pecuniam cedere non liceat ex senatusconsulto. Atque ita sententia senatusconsulti expressa est in §. *illud, Inst. quod cum eo.* Nulline ergo sunt liberi, qui in potestate sunt parentis, quibus tuto credere liceat? Apparet, quandiu pro filiisfamilias habebuntur, vetare senatum omnibus pecuniam mutuam dari. Quid ergo, si filiusfamilias sit iam matura ætate, idem industrius, & frugi? quid si etiam sit magistratus, aut alia dignitate præditus? In quo hæc concurrunt, etiamne huic impune credere non licebit? Consequens est non licere. Idque ita placuit, estque in *L.* 1. §. 1. *D. de sen. Mac.* Merito. Nam qui nunc frugi est, licentia fieri potest luxuriosus, si cœperit valere mutuum, quod illi datur. In magistratu autem certior ratio est prohibendi, quia qui sunt in eo gradu, solent indulgere ambitioni, quoque sint gratiores vulgo, aut etiam quo maiores videantur, solent esse profusiores.

X. Exceptus est tamen constitutionibus filiusfamilias miles, in quo placeat senatusconsultum cessare. Neque id præter verba senatusconsulti, sed quodammodo ex verbis, ne quis forte his verbis offendatur. Quia hoc ita receptum est, quasi filiusfamilias miles pro patrefamilias habeatur. *L.* 2. *D. eod. L. ult.* in fi. *C. eod.* propter peculium castrense videlicet, quod iam olim placuit proprium esse filiifamilias, ut patrisfamilias cuiusque ea, quæ sunt eius. *L.* 1. §. *nec castrense, D. de col. bon. L.* 3. *C. de castr. pec. lib.* 12. Qua de caussa placebat veteribus hactenus in milite cessare senatusconsultum, si peculium castrense haberet, & cessare usque ad quantitatem castrensis peculii. *L.* 1. in fi. & *d. L.* 2. *D. eod.* Iustinianus in hac re plus militi tribuit in *L. ult.* §. *ult. C. eod.* Constituit generaliter, si filiusfamilias miles pecuniam creditam acceperit, stare oportere contractum; nulla differentia, introducenda, ob quam caussam pecuniæ creditæ, vel ubi consumptæ sint. Neque distinguit, utrum habeat miles peculium castrense, an non habeat: & si habet, utrum mutuum quantitatem peculii castrensis excedat, an non excedat. In quo apparet eum Ius illud vetus mutasse. Neque vero utrum dicatur, etiam in re ipsa parum interest. Nam qui dicit mutuum militi datum usque ad quantitatem peculii castrensis valere, duo complectitur, in quibus neget consistere mutui obligationem & actionem. Primum significat patrem eo nomine non teneri ne de peculio quidem. Non enim potest de peculio castrensi, quia id peculium non est patris, sed totum in iure & potestate filiifamilias militis. *d. L.* 3. *C. de castr. pecul. lib.* 12. De peculio militis profecticio posset conveniri: sed prohibet sententia superior. Sic enim conveniretur ultra quantitatem peculii castrensis. Quod illa sententia prohibet. Deinde iisdem verbis negat ipsum filiumfamilias teneri ultra, quam habeat in castrensi peculio. Ut si proponas habuisse eum in peculio centum, & ducenta mutuo acceperit, debiturus sit tantum centum ex superiore iure: & quanvis postea emancipatus, aut aliter iuris sui factus alia bona habere cœperit, nihilo tamen plus ab eo possit exigi, quam quatenus mutuum ante constitit, id est ad modum castrensis peculii. Utrumque horum sustulit, qui in persona filiifamilias militis confirmavit sine exceptione mutuum. Eadem enim opera constituit actionem de peculio adversus patrem ex iure communi, quo iure pater ex omni contractu filii nullo tenetur de peculio.

culio. §. *actiones autem*, *Inst. de act.* & simul in solidum actionem, eamque perpetuam adversus filiumfamilias dedit.

XI. Num idem dicemus in his, quibus quasi castrense peculium datum est constitutionibus, ut magistratibus, advocatis, professoribus liberalium artium, & similibus, de quibus in *L. ult. C. de inoff. test.* Et si recte dicitur cessare Macedonianum in iis qui castrense peculium habent hac ratione, quia filiifamilias in peculio castrensi vice patrumfamilias funguntur: *d. L.* 1. in fi. & *L.* 2. *D. eod.* facit hæc ratio, ut in iis, qui peculium quasi castrense habent, idem admitti debeat. Non enim minus de his vere dici potest eos in peculio quasi castrensi vice patrisfamilias fungi. Quoniam utrumque peculium in filiisfamilias eodem iure habetur, & quidem iam olim. *L.* 1. §. *nec castrense*, *D. de coll. bon.* §. *ult. Inst. de mil. test.* Sed adiiciemus in his id, quod olim in milite, his scilicet pecunia mutuo data cessare quidem senatusconsultum, sed usque ad quantitatem peculii quasi castrensis. Vetus hoc ius erat in milite filiofamilias, cuius exemplo nunc utimur. Quare nisi superiore constitutione Iustiniani immutatum sit in horum quoque posteriorum persona, id etiam nunc in illis manere oportet. *L. præcipimus*, in fi. *C. de appellat.* Nihil autem proponitur in ea constitutione, cur mutuum existimari debeat. Cavet ea constitutio tantum de filiofamilias milite; nihil de iis, qui reipublicæ militare dicuntur in toga, quorum peculium est quasi castrense. Etsi daremus in his forte eamdem rationem esse, quæ est in milite: tamen in vetere iure innovando hæc regula perpetuo tenenda est, quæ traditur in *d. L. præcipimus*, in fin. *C. de appellat.* quidquid posteriore lege innovante specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere. Nunc autem ne in posterioribus quidem illis, qui castrense peculium habent, eadem ratio est, quæ in milite. Certe ratio Iustiniani reddita in milite in *d. L. ult. C. ad senat. Mac.* ad illos non pertinet. Ait enim in persona militis filiifamilias mutuum consistere, quia cum & in aliis iuris articulis plerique non sit absimilis iis, qui sunt sui iuris; tum vero ex præsumptione omnis miles non credatur in aliud quidquam pecuniam accipere & expendere, nisi in caussas castrenses. Hæc ratio ex institutis & disciplina militari Romanorum recte convenit militibus, qui sub armata militia stipendia merent. Hi enim vetere disciplina versabantur semper in castris, in quibus & laboribus militiæ perpetuo exercebantur, ut quibus abesse non liceret, nisi commeatu impetrato. Quo fiebat, ut non viderentur facile impendere posse acceptam pecuniam, nisi in res ad castra, & vitam castrensem pertinentes. In hac autem, qui libere versantur in civitate, quibus licet exire & redire, quo volunt, & quando volunt, quibus denique non minus obvius est & liber luxus ac convictus urbanus, quam cæteris; in his, inquam, perspicuum est idem dicere non licere.

XII. Hæc de iis filiisfamilias dicta sunt, quos constat tales esse, cum mutuam pecuniam accipiant. Quid si tum pendeat, an sit in potestate filius, quoniam patrem apud hostes habeat? Dixeris quidem recte eventu solo certum fieri, utrum tum fuerit in potestate, necne: quia redeunte patre perinde habeatur, quasi is in civitate semper mansisset, & filium habuisset in potestate: patre apud hostes mortuo, iam ab initio ex quo pater captus est, videatur filius sui iuris fuisse. §. *si ab hostibus*, *Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv.* ut priore casu certum esse incipiat senatusconsulto locum esse: posteriore cessare: nec vero ante possit de eo statui. Quid ergo interim fiet, si proponas pecuniam interim filio mutuam datam? an quia pater mori potest apud hostes, ideo tanquam patrifamilias datum repetere licebit: an vero quia pater potest redire, ideo non licebit repetere tanquam datam filiofamilias? Et placet interim denegandam actionem, *L.* 1. §. 1. *D. de sen. Mac.* nempe ideo, ne data interim actione, fiat contra senatusconsultum, si forte pater ab hostibus redeat, quod potest accidere.

XIII. Sed & senatusconsultum vetat mutuam pecuniam dari filiofamilias, id est, ei qui sit in potestate parentis, sive hunc talem esse constet, sive hoc ipsum sit in pendenti, nisi pro patrefamilias habeatur, ut miles: ideo de filiofamilias tantum cavendo, hoc ipso cæteris, qui sui iuris sunt, licet filiis, quoscumque parentes habeant, mutuam pecuniam dare concedit. Sic enim ius accipitur, ut quod in certæ conditionis personis adimitur lege, id aliis omnibus hoc ipso concessum intelligatur. *L. qui testamento*, §. *mulier*, *D. qui test. fac. poss.* Hoc amplius & quod non interdicitur iure, id cuivis intelligitur licere. *L.* 1. §. 1. *D. de testib.* *L. mutus*, §. 1. *D. de procur.* Hinc fit, quod prima fronte videatur mirum. Finge enim patri duos esse filios, unum filiumfami-

familias, alterum emancipatum; illum frugi, industrium, magistratum; emancipatum autem nec frugi, nec industrium, & privatum, puta negotiatorem. Si tamen pecunia mutua data erit isti filiofamilias, mutuum non consistet, vetante Macedoniano, ut supra diximus. Si data erit emancipato, consistet; quia non est impedimento senatusconsultum, quod tantum vetat dari filiosfamilias. Quod quidem videri potest etiam constitui absurde. Quid enim, an in posteriore non multo plus periculi est, ne pecuniam acceptam male consumat, & prodigat quam in priore? & si luxuria metuitur, an non hic posterior opportunior videtur corruptelæ, aut certe an non ambo opportuni æque? Et omnino constituerentur ista absurde, si hic vetaretur mutuum filiifamilias caussa, & ne res suas male consumeret in luxuriam. Nam in quibus maior esset hic metus, in his multo magis ius idem statui oporteret. Sed consilium & ratio senatusconsulti cognita rem expediet. Ideo hic primum locus postulat, ut hanc cognosceamus.

XIV. Propositum vero est senatusconsulto consulere potissimum parentibus, quorum in potestate est filius, qui pecuniam mutuam accepit: Offendit senatusconsultum, inquit Ulpianus solus, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit. Nam pecuniæ datio perniciosa eorum parentibus visa est. *L.* 3. *§. is autem D. de sen. Mac.* Sed quomodo perniciosa eorum parentibus, cum liberum sit parenti non concedere filio peculium profecticium; non possit autem ex quovis contractu filii conveniri pater, nisi de peculio? cur etiam perniciosa in filiosfamilias potius, quam in cæteris liberis? Id paulo plenius explicatur in §. *pen.* in fin. *Inst. quod cum eo,* his verbis: *quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum* [6] *insidiabantur.* Itaque si hoc idem explicatius dicendum est & planius, intelligemus ex hoc loco, duas res caussam dedisse senatusconsulto, luxuriam seu corruptelam filiorumfamilias, & periculum, quod inde nascitur parentibus. Luxuriæ materia filiisfamilias certa parata est, si mutuum pecuniæ creditæ cum his consistere cœperit. Sic enim facile adolescentes luxuriosi reperient eos, qui dent mutuam pecuniam, quam deinde ipsi licenter in luxuriam profundant. Idque facient audentius, dum videbunt se nihil habere, in quo possint conveniri in præsentia, de futuro securi. Tolle mutui huius obligationem: luxuriæ materiam sustuleris. Nam spe recipiendæ pecuniæ sublata, nemo illis mutuum dabit. Ubi non acceperint, nihil erit, quod consumant. Sed nihil ad rem pertineret luxuria filii pecuniam accipientis, nisi hinc nasceretur periculum parentibus, quibus potissimum senatus consultum voluit. Hoc periculum duplex: unum existimationis, alterum vitæ. Non potest filiusfamilias luxuriose vivere sine certo dedecore parentis, cuius est in potestate. Nam si scit parens, debet prohibere, quia potest. Habet enim eum in potestate, & potest eum cogere atque adeo coercere, si videtur, pro iure & imperio potestatis. Si ignorat, tamen hæc ipsa turpis ignorantia est, nec ferenda. Nam cum eum habeat domi, aut aliis in locis volens, advigilare debet, & prospicere, ne corrumpatur. Sed accedit periculum maius, quod intentatur parentis vitæ. Nam filiusfamilias ubi multa prodegerit, tandem obrutus ære alieno incipiet optare mortem patris, ut bonis mortui potitus se eo ære exsolvat. Ex eadem re etiam eo deducetur, ut velit etiam insidiari vitæ patris. Istarum ergo rerum materiam & periculum præcidere propositum fuit senatusconsulto. Nihil horum ita metui potest in filio emancipato. Nam cum venerit in bona sua sui iuris factus, timidius sumet mutuum, quod consumat, sciens futurum, ut de suo statim dependere cogatur conventus. Ut autem forte id non metuat, & sit luxuriosus, qui sua & aliena æque cupide consumat: tamen nullum hinc admodum creatur periculum parenti, quale supra metuebamus. Nulla certe in eo turpitudo patris. Is monere potest filium, ne sua profundat, & vivat luxuriose. Repugnantem cogere non potest, qui eum non habet in potestate. Vitæ periculum domesticum emancipatione sublatum. Nam cum emancipatus transeat in aliam familiam & aliam domum, non magis pater expositus est huius insidiis, quam cuiusvis alterius extranei: quod non item licet dicere in eo, qui versatur in eadem domo. Postremo cum emancipatus sui iuris & arbitrii esse cœperit, nihil caussæ dici potest, cur non eodem iure utatur in

6) Exspectata eorum morte *d. L.* 1. *in fi. pr.* Expectati enim dicuntur parentes, item filii parentibus, Terent. *in Adelph. Potius quam abs te exspectatum, exiisset foras:* quorum mores in dies singulos exoptantur, Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 13. Hinc Abb. Panorm. *in C. quia plerique de immunit. Eccl.* hodie inter Christianos non esse locum SC. Macedoniano quia ratio illius deficiat, cum huius religionis filiusfamilias non credatur insidias vitæ paternæ moliri, test. & reprobante Gomezio 2. *Resol.* 6. *n.* 2. *& C.* 15. *n.* 10.

in rebus omnibus, quo cæteri patresfamilias. Neque damnum pecuniæ patri ullum, quia pater ex contractibus filiorum emancipatorum non tenetur ullo modo. *L.* 1. *C. ne fil. pro pat.*

XV. Tertium est in prohibitione senatusconsulti, quod est in re prohibita primum, quod vetat non contrahi cum filiofamilias, sed filiofamilias, mutuum dari. Proinde quocumque alio modo cum filiofamilias contractum erit, quocumque alio ille fidem suam obstrinxerit, valebit quod gestum est, tanquam gestum cum patrefamilias, quia hic cesset senatusconsultum. Veluti si quid vendiderit, emerit, permutarit. *L.* 3. §. *is autem*, *D. eod.* Nec interest, utrum non utiliter gerat, an se obligando perdat. Itaque etsi fideiusserit pro alio, placet eum in universum obligari. *L. item* in pr. *D. eod.* & tamen constat fieri posse, ut fideiubeat pro eo qui solvendo non sit, aut fideiubeat animo donandi. Idem placuit, etsi quod mutuum alii dedimus, filiusfamilias nnvandi animo in se suscipiat. *L. si quod alii*, *D. eod.*

XVI. Longius itum est. Adeo enim visum est, quidquid filiusfamilias ex alio contractu debere cœperit, consistere in eo obligationem, ut si primo cœperit debere pecuniam ex alia caussa, deinde convenerit, ut eam retentam sibi mutuam haberet; placeat nihilominus eum pariter teneri. *L.* 3. §. *is autem*, *D. eod. L. tertia. Cod. eod.* Atqui hac conventione posteriore pecunia mutua facta est. *L. singularia*, *D. si cert.. pet.* Sed non est data, & ideo cessat senatusconsultum, inquit Ulpianus *d. L.* 3. §. *is autem*. Atenim, dicat aliquis, nihil interest, utrum dem tibi pecuniam, an meam, quæ apud te erat, velim apud te esse, ut tua fiat, aut fiat mutua. *L. qua ratione*, §. *interdum*, *D. de acquirend. rer. domin. L. certi*, §. *ult. D. si cert. pet.* Dicendum est nihil interesse ad dominium transferendum, aut mutuum constituendum: ad sententiam autem senatusconsulti, idest ad 7 corrumpendum filiumfamilias multum interesse. Nam cui pecunia datur mutua, is accipit, quod consumat. Hanc consumptionem impedire voluit senatus. At cui pecunia non datur, sed quæ iam illius erat, ei permittitur, hic nihil accipit, quod possit consumere, nec magis habet ex hac conventione, quam prius. Hinc est altera ratio, qua hoc posterius mutuum defenditur in *d. L.* 3. *C. eod.* originem scilicet potius obligationis in hoc mutuo, quam titulum actionis considerandum esse. Titulum actionis vocant Imperatores nomen actionis novæ, quæ de ea pecunia competit. Ideo autem origo obligationis potius in hoc mutuo spectanda est, quia nova actio prinri subiecta nihil inducit novi contra senatusconsultum, quod vetat pecuniam dari, nec quidquam adfert, quod in priore obligatione non fuerit, ut ante dixi. Cur ergo cætera negotia concessa sunt filiofamilias, solum mutuum ademptum? Quia id consentaneum est superiori rationi senatusconsulti. Ex mutui datione materia luxuriæ parata est; unde & periculum sequens, quod diximus: ex cæteris contractibus non item. Nam ex mutuo pecuniam accipit filiusfamilias quam facile prodigat. Ex cæteris caussis, non accipit, sed incipit debere, quod præstet. Quo plura de his quæ habet, præstiterit, & minore fructu, eo minus illi facultatis suppetet ad luxuriam, quod consilio senatusconsulti convenit.

XVII. Quod tamen diximus quidquid cum filiofamilias ex aliis caussis contractum erit, valere, sic accipiendum erit, nisi excogitatum sit in fraudem senatusconsulti. Ex æquo enim irritum est, & quod fit aperte contra legem, & quod in fraudem legis. *L. non dubium*, *C. de legib.* Sic autem fraus excogitari potest in emptione, si filiofamilias mutuam pecuniam roganti creditor rem vendat, ex qua ille pecuniam conficiat, quam petit, pretium autem habeat in mutui vicem. *L.* 3. §. *is autem*, in fi. *D. eod.* Sic in fideiussione, si roganti filiofamilias mutuum, numeret creditor pecuniam alii, filius autem familias ad quem perventura erat pecunia, fideiussor interveniat, aut constituatur alter reus eiusdem pecuniæ. *L. item*, in pr. & §. 1. *D. eod.* In his aperte nihil fit contra verba senatusconsulti, quia filiofamilias pecunia mutua non datur, sed fit obliqua via, quod senatusconsultum noluit. Ideo enim prohibet mutuam pecuniam filiofamilias dari, quia non vult pecuniam ad eum pervenire, quam consumat in luxuriam. *d.* §. *pen. Inst. quod cum eo.* At hic pecunia alia via in eam rem pervenit ad filiumfamilias. Hoc autem est in fraudem legis, cum fit, qund lex verbis non vetuit, fieri autem ex sententia noluit. *L. contra*, *L. fraus*, *D. de legib.*

XVIII. Quarto loco expendatur, senatusconsultum Macedonianum non vetare quodvis

7) Duar. *hoc tit.* C. 1. Zang. *de Except. P.* 3. C. 10. *n.* 8.

quodvis mutuum, sed tantum mutuam pecuniam. Hæc verba sic acceperunt veteres, ut vetaretur dari solum pecunia numerata, non etiam res cæteræ, quæ mutuo dari possunt, ut sunt quæ constant pondere, aut mensura, veluti æs aut argentum infectum, vinum, oleum, frumentum. Quæ utiliter filiosfamilias mutuo dari posse placuit, quia senatusconsultum non prohibeat. Idque ipsum nominatim colligit Ulpianus ex eo, quod senatus dixerit mutuam pecuniam. Perperam, dixerit aliquis; quia adversus significationem verbi. Pecuniæ enim nomine inter omnes constitit non solum numeratam pecuniam, sed omnes res tam soli, quam mobiles, idest corpora omnia; & tam corpora, quam iura contineri. *L. pecuniæ nomine*, *L. pecuniæ verbum*, *D. de verb. signif.* Quod si ita est, non recte, inquam, veteres, qui adversus hunc usum & significationem verbi, pecuniæ verbum ad pecuniam tantum numeratam retulerunt. Cum in interpretatione omnium legum, & voluntatum hæc regula interpretationis tradita sit, semper in re dubia verbis standum esse, nec unquam ab earum significatione recedendum, nisi cum manifestum est aliud sensisse scriptorem. *L.* 1. *§. licet*, versic. *in re igitur*, *D. de exerc. act.* *L. non aliter*, *D. de leg.* 3. Sed recte veteres ex hac ipsa regula. Sic enim pecuniæ verbo res omnes continentur, nisi adiunctum contrahat significationem verbi, unde voluntas contraria scriptoris intelligatur. Id autem accidit in hoc senatusconsulto, cum nominat [8] pecuniam mutuam. Nam si voluisset senatus prohibere omnium rerum mutuum, otiose diceret mutuam pecuniam, cum sufficeret uno verbo prohibere dari mutuum. Nunc autem prohibet dari nominatim mutuam pecuniam. Unde intelligitur eum non genus mutui, sed speciem prohibere voluisse. Quod si quam speciem in mutuo appellatione pecuniæ significari placet, non potest alia recte significari, quam pecunia numerata. Quocirca & hanc significari in senatusconsulto, ex his ipsis verbis: *mutuam pecuniam dedisset*, recte collegit Ulpianus; excludi autem res cæteras; idque ipsum & nos sequi debemus: quoniam sic lex omnis accipienda est, ne quid videatur supervacuo cavisse. *arg. in L.* 1. in fin. *D. ad municip.* Enimvero cur non licet mutuam pecuniam dare filiofamilias, cæteras res licet; cum in omnibus pariter contrahatur mutuum? Fit hoc ex eodem illo fine senatusconsulti, quem supra ostendimus. Propositum est senatusconsulto in mutuo prohibendo præcludere materiam luxuriæ & profusionis filiorumfamilias, ne ex ea inciderent in grave æs alienum, unde adducerentur denique ad insidiandum vitæ parentum. Hoc periculum luxuriæ & profusionis metuitur in pecunia numerata, quæ detur filiofamilias; in aliis rebus quanvis mutuis non metuitur. Nulli enim creditores facile reperientur tantum possidere frumenti, vini, aut olei, ut dare possint ex his, quod sufficiat adolescenti luxurioso ad luxuriam. Et si qui tantum habeant, tamen nolent dare, ne appareat dolus & illorum improbitas in corrumpenda iuventute; quoniam illarum rerum mutuum latere non potest, ut potest latere in pecunia numerata. Tum autem ne ipsi quidem filiifamilias earum rerum mutuum requirunt ad luxuriam & libidinem. Illis enim ad voluptates, & ea quæ libent, percipienda, instrumentis & administris opus est, quorum opera in ea re utantur. At ministri libidinum quærunt pecuniam, ex qua quæstum faciant, non quærunt res cæteras, quas necesse sit corrumpi, nisi & ipsi consumerent, aut parvo venderent; quod nolunt. Est tamen & in aliis rebus filiofamilias mutuo datis eadem exceptio, quam in aliis contractibus quam mutui, adhibendam esse supra diximus; ut recte res aliæ, quam pecunia numerata, dentur mutuæ filiofamilias, & consistit mutuum, nisi fraus senatusconsulto quæsita sit; puta, inquit Ulpianus, frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato, ut his fructibus distractis uteretur filiusfamilias pecunia, quam mutuam petierat. *L. item*, *§. mutui*, *D. eod.*

XIX. Sed ut requirit senatus pecuniam numeratam, quam vetet dari mutuam; ita si hæc mutuo data sit, nihil amplius exigit, ut ne eo nomine detur actio. Sic enim verba sunt: *ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitiove daretur.* Hinc intellectum est id, quod Ulpianus scribit in *L. item*, *§. non solum*, in fin. *D. eod.* sive pecunia sub usuris mutuo data sit, sive sine usuris, eam ad senatusconsultum spectare, idest æque mutuum improbari. Definitio ideo notatu digna, quia aliis locis videri possit diversum statui, a quibus decipi sit admodum proclive, nisi moneamur. Nam primum in senatusconsulto ipso sic extrema verba sunt: ut

8) Quæ strictissima acceptio est, vid. Goedd. *ad. L.* 4. *de V. S. n.* 35. *& seqq.*

ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiisfamilias bonum nomen fieri, expectata patris morte. Quæ verba ad fœneratores pecuniæ aperte referuntur. Sed & in *L. 3. C. eod.* senatusconsultum Macedonianum circumlocutione ita describitur, ut vocetur senatusconsultum, *quo fœnerare filiisfamilias est prohibitum*; quasi nihil prohibeatur eo senatusconsulto, quam fœnerare. Ergo adversus hos locos muniendi sumus superiore definitione, & ita statuendum, senatusconsultum ad omnem mutuam pecuniam pertinere. Non obstat, quod extrema verba senatusconsulti nominatim feruntur adversus pessimum exemplum fœnerandi, quodque inde dicitur senatusconsultum prohibere fœnerare filiisfamilias. Hoc enim vere agitur, & præcipue prohibetur senatusconsulto. Sed non minus & illud verum est, prohibere senatusconsultum simpliciter, ne pecunia mutuo detur filiofamilias, & si data sit, denegare actionem. *L. 1. D. eod. d. §. pen. Inst. quod cum eo.*

XX. Postremo & illud observandum est in prohibitione senatusconsulti, vetare id non promitti pecuniam mutuam, sed dari. Hoc eam vim habet, ut si quis creditor alicui stipulanti promiserit primo se pecuniam mutuam daturum, deinde alio tempore hanc ipsam eidem dederit, ut promiserat, sciamus non esse spectandum, quo tempore pecunia promissa sit, sed quo data, ut possit statui, sitne locus senatusconsulto, an non sit. Utputa, fœnerator aliquis petenti & stipulanti filiofamilias promisit se pecuniam crediturum, ut est species. *L. si pœnam, 68. D. de verb. obl.* deinde eidem, sed emancipato, aut morte patris, vel aliter sui iuris facto pecuniam mutuam dedit, promissionem secutus. Cessabit senatusconsultum; quia patrifamilias mutuam pecuniam dari non prohibet. Hic autem patrifamilias data est, non filiofamilias. E converso si idem promiserit patrifamilias se ei pecuniam crediturum: deinde eidem postea arrogato det: senatusconsulto locus erit; quia verum est pecuniam filiofamilias datam esse; id quod senatusconsultum prohibet. Hæc in *L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. L. 6. D. eod.*

CAP.

C A P. X X V.

Pecunia filiofamilias mutuo data, quo iure mutuum habeatur. In quo est senatusconsulti Macedoniani adversus dantem pœna; accipienti, & his qui eo nomine teneri poterant, auxilium & beneficium senatusconsulti.

Pœna SC. fœneratori imposita, actionis denegatio. I.
Quinque in ea spectari oportere, & quæ. II.
Denegatur actio aut in totum, aut cum addita exceptione. Qualis uterque modus; & an addita exceptio SC. verbis refragetur. III.
His SC. verbis: ne cui actio, petitiove daretur*: quælibet actio in personam, & in rem de pignore denegata.* IV.
Etiam si pecunia mutuo data filiisfamilias auxerit peculium: quæ huius definitionis ratio. V.
Denegatur illa ex SC. verbis soli creditori: ex veterum interpretatione creditoris heredibus, & duobus credendi ac stipulandi reis.
Horum species seu casus qualis. VI.
Veterum interpretatio defenditur. VII.
Denegatur autem adversus filiumfamilias, & eius parentem, & successores; & quando adversus fideiussores, & alias accessiones principalis obligationis. VIII.
Contrariis occurritur. IX. X.
Exceptio Macedoniani etiam filio sui iuris facto, & seu morte patris, seu alio legitimo modo a patria potestate liberato durat. XI.
Eademque opponi potest etiam post rem iudicatam. Et quare id in hac Macedoniani exceptione, aliaque Velleiani concessum. XII.

I. PRohibitio hactenus senatusconsulti, & quid contineat. In quo est caussa pœnæ hoc senatusconsulto constitutæ. sequitur pœna senatusconsulti huius ipsius Senatusconsulti pars altera, ut proposuimus. Pœna quidem fœneratori, in cuius odium, & pœnæ caussa liberantur actione, qui alioqui eius mutui nomine obligati tenerentur. *L. sed si pater*, in fin. *D. eod. L. qui exceptionem*, iuncta *L. si pœnæ*, *D. de cond. ind.* sed [1] auxilium & beneficium iis qui liberantur. Sic vocatur in *L. pen. C. eod.* Est autem hæc pœna breviter comprehensa senatusconsulto: si adversus ea filiofamilias pecunia data erit, ne cui, qui dederit, actio petitive detur. *d. L.* 1. *D. eod.* Ita in summa his verbis denegatur, adimiturve actio, quæ alioqui futura erat creditori.

II. In hac ademptione necessario hæc insunt quinque natura, quæ quia senatusconsulto non satis sunt exposita, ideo sigillatim expendenda & cognoscenda sunt. Necesse est enim aliquo modo denegari actionem, & quæ denegatur, hanc certam esse. Sed & hanc denegari oportet certis personis, & denegari adversus aliquos. Postremo aut perpetuo, aut ad certum tempus. Hinc sciamus totidem in hanc pœnam incurrere, quæ quæruntur, & de quibus ordine cognoscamus. Primum, quid sit hoc denegare actionem, seu quomodo fiat hæc denegatio. Secundum, quid hic denegetur, adimaturve. Tertium, quibus. Quartum, adversus quos. Quintum & postremum, quandiu. In quo aliis verbis hæc eadem quæri intelligemus, cum quæritur, Quæ exceptio adversus quam actionem detur hoc senatusconsulto, adversus quos, quibus, & quandiu, ut deinceps patebit.

III. Primum est igitur in persona senatusconsulti, pecunia filiofamilias mutuo data, eius rei nomine actionem non dari, & ut explicatur in §. *pen. quod cum eo.* denegari actionem. Denegatur actio duobus modis. Uno in [2] totum, cum actor in totum non admittitur ad agendum, ut ita non sit reo necessaria exceptio. Quod fit in hac specie mutui, cum non est controversia inter creditorem & reum, quin pecunia data sit contra senatusconsultum Macedonianum: ubi scilicet convenit datam esse filiofamilias, fateturque actor nihil

1) Non tamen in favorem filiorumfamilias hoc remedium proditum, ut & noster *h. in Cap. in fin.* Quo enim favore digni qui pecunias profundunt, sed in odium fœneratorum, licet respiciat quoque favorem parentum. Duar. *ad tit. de Cond. in d. C.* 5. *f.* 907. *col.* 2. Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 2.

2) Vid. *infra C.* 30. *N.* 1.

hil se amplius adferre ad repetitionem, quam quod mutuum dederit de suo. Altero modo, cum creditori actio datur, sed adversus actionem datur reo exceptio Macedoniani. Quod fit, cum inter actorem & reum controversia est, utrum pecunia data sit contra senatusconsultum, an non sit. Veluti, si creditor dicat eum, cui dedit, non fuisse filiumfamilias, cum dedit, aut si quid alleget eorum, propter quæ senatusconsultum cessare postea in exceptionibus senatusconsulti dicemus; reus autem nihil eorum esse contendat, & ideo utatur exceptione Macedoniani, de qua deinceps iudicio constituto cognoscatur. Hoc sic explicat Ulpianus circa edictum de iureiurando in *L. nam postea*, in pr. *D. de iur.* Nam edictum de iureiurando de actione non danda iisdem verbis conceptum est, quo senatusconsultum Macedonianum. Pollicetur enim prætor se in eum, qui iurasset, actionem non daturum. *L. ait prætor*, *D. de iur.* Hæc verba interpretans Ulpianus in *d. L. nam postea*, ita scribit, postteaquam iuratum est, denegatur actio. Aut si controversia erit, idest si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est. Sciamus hanc definitionem pertinere ad senatusconsultum Macedonianum, item ad Velleianum, quibus similiter vetatur dari actio de re ad caussam eorum senatusconsultorum pertinente. Hinc est illa exceptio senatusconsulti Macedoniani, quam tot locis legimus, ut *L. item*, *§. quamquam*, *L. tamen*, *L. pen.* *D. eod. L. 1. C. eod. L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* Sed quam exceptio cum verbis horum senatusconsultorum, & superioris edicti conveniat, merito quæri potest: cum potius his verbis videatur excludi. Verba efficiunt simpliciter, ne detur actio. At exceptione constituta prius actionem dari volumus. Nunquam enim datur exceptio reo, nisi prius data actori actione, quæ exceptione opposita removeatur; cum exceptio nihil aliud sit, quam exclusio constitutæ & propositæ prius actionis. *L. 2. D. de except.* quod & exemplis dilucide declaratur *Inst. de except.* in pr. & deinceps. Sed non sunt hæc contraria, actionem non dari, & actione data, addi exceptionem, qua actio excludatur. Nam exceptione addita, utrumque eodem tempore vere dicitur, actionem creditori dari, & eamdem non dari, diversis conditionibus. Datur actio creditori, sed sub conditione, si exceptio falsa sit, ut falsam esse actor contendit. Unde controversia, quæ iudicio locum facit. Rursum non datur actio sub contraria conditione, si vera sit exceptio: cuius probatio a reo exigitur. Qua ratione exceptio dicitur esse conditio, quæ reum condemnatione eximit. *L. exceptio*, antepen. *D. de except.* quasi scilicet actione in eum casum non data. Ita fit, ut semper verum sit, quo tempore datur exceptio efficax, eodem tempore actionem nec dari. Rectissime igitur utrumque dicitur ex hoc senatusconsulto, & similibus partibus iuris, quibus vetatur dari actio, hanc ipsam in torum denegari, ubi de exceptione constat, & simul in exceptione controversa actionem ita dari, ut addita exceptione & probata, postea repellatur.

IV. Hoc intellecto, quid sit denegari actionem; quærendum est, quæ hic actio denegetur eius mutui nomine, de quo agitur: adversus quam eamdem, cum opus est, detur exceptio Macedoniani, quam diximus. Et senatusconsulto expressum est, omnem actionem ex ea caussa denegari: seu omnem actionem exceptione senatusconsulti Macedoniani summoveri. Omnem, idest & in personam, & in rem, quæcumque eo nomine competitura esset, si senatusconsultum non esset impedimento. Id significatur illis verbis; *ne cui actio petitioque daretur*. Actio in personam est: petitio, in rem actio. *L. actio*, *D. de oblig. & act. L. pecuniæ*, *§ actionis*, *D. de verb. signif.* Actio in personam de pecunia mutua est condictio certi ex mutuo adversus filiumfamilias: adversus patrem eadem de peculio, eadem & adversus heredes. Adversus fideiussores ex stipulatione certi condictio, adversus mandatores mandati. Omnes hæ, & si quæ sunt similes, quæ adversus alias accessiones competunt, actionis verbo denegantur hoc senatusconsulto. Actio in rem in hac specie nulla competit de pecunia credita. Creditor enim pecuniam filiofamilias mutuam dando, facit eam accipientis. *L. 2. §. appellata*, *D. si cert pet. Inst. quib. mod. re contr. obl.* in pr. Quo facto simul & ipse dominus esse desinit, ut nulla possit amplius ei, multoque minus alii competere eius pecuniæ nomine in rem actio. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed actio in rem hic intelligenda est de pignore, si quod forte obligatum sit creditori in eam pecuniam, quæ filiofamilias data est. Nam actio de pignore in rem est, quæ dicitur hypothecaria. *§. item Serviana*, *Inst. de act.* Hanc quoque denegari intelligimus petitionis verbo.

V. Et omnem hanc actionem denegari in pecunia filiofamilias credita nullam dubitationem recipit, si is pecuniam acceptam

ptam male consumpserit, ubi constet neque patrem, neque filium ex ea numeratione cum iniuria creditoris locupletiorem esse factum, qui locupletior non sit factus. At quid, si pecunia mutuo data adhuc exstet in peculio filiifamilias vel apud ipsum, vel apud patrem, & eodem tempore experiatur creditor, ut sibi reddatur pecunia, vel hoc nomine quod exstet adhuc, & reddi possit sine damno accipientis; ipsi autem sine manifesto pecuniæ damno denegari non possit? An non æquum est saltem hoc casu ei actionem dari? Videtur id manifesta æquitas, & regula iuris suadere, qua traditur, natura æquum esse, *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*. L. nam hoc natura. *D. de cond. ind.* Sed hoc in pecunia filiofamilias contra senatusconsultum Macedonianum credita non placuit. De eo ita decreto senatus denegatur actio, ut placeat nihil interesse, utrum consumpti sint nummi, an exstent in peculio. *L. sed si pater*, *§. hoc senatusconsultum*. *D. eod.* Quod & verbis ipsis efficitur. Quippe ita verba sunt, *ne cui detur actio petitiove, qui mutuam pecuniam dedisset*. Ubi apparet ad omnem denegationem actionis sufficere mutuam pecuniam datam esse filiofamilias, neque distingui, quis deinde mutui sit exitus, dum ne incidat in eos casus, qui huius senatusconsulti exceptionem habent. De quibus postea. Non offendemur eo, quod dicitur natura æquum esse, ne quis locupletior fiat cum detrimento alterius. Hoc enim hactenus æquum est, nisi si cui ob pœnam id adimitur. Pœna namque arguit, quod adimitur, iuste adimi: cum pœna imponatur delicti coercendi caussa: æquum sit autem atque adeo publice utile delicta coerceri. *L. ita vulneratus*. illic, *quod si*. *D. ad leg. Aquil. L. locatio*, *§. quod illicite*, *D. de publ.* Atqui id accidit in pecunia filiofamilias mutuo data, in qua denegari actionem constat ob pœnam creditorum, ut supra ostendimus, traditurque in *L. sed si pater*, in fin. *D. eod.* Et hinc in *ead. L. sed si §. hoc senatusconsultum*. nominatur in hac parte severitas senatusconsulti. Recte severitas; quia benignitas postulabat, ne locupletior fieret filiusfamilias cum iactura creditoris. Sed in pœna severitate, non benignitate est opus. Præsertim in caussa huius senatusconsulti, ut compescatur avaritia & improbitas fœneratorum.

VI. Actione ex hoc senatusconsulto adempta, proximum est, & ex quinque propositis tertium, ut quæratur, quibus denegetur hæc actio, qui iidem exceptione senatusconsulti Macedoniani summoveantur. Hoc autem obscurius fecerunt verba senatusconsulti. Quo maiore cautione indiget. Nam senatusconsultum nominatim denegat actionem tantum ei, qui *pecuniam mutuam dedisset*. Quibus verbis si proprie & naturaliter loqui volumus, non alii denegatur actio, quam creditori, qui pecuniam numeravit. Hunc enim solum vere dedisse, verum est. Sed longe aliter veteres hoc sunt interpretati. De quorum sententia generaliter ita definiendum est, pecunia filiofamilias mutuo data, denegari actionem ex ea caussa omnibus, quibus competeret actio, si senatusconsultum non obstaret. In hoc numero hi sunt; creditor, qui pecuniam mutuam dedit; creditoris heredes: item alius, qui sibi pecuniam reddi stipulatus est, cum alius pecuniam dedisset, ut sic efficiantur duo rei credendi; item cum duo eamdem pecuniam mutuam stipulati sunt a filiofamilias ut efficerentur duo rei stipulanti. His omnibus placet ex hoc senatusconsulto actionem denegari; & quod idem valet, placet omnes summoveri exceptione senatusconsulti Macedoniani *L. item*, *§. non solum*, *D. eod.* Et quidem duos reos credendi, stipulandive ex hac caussa ita, ut si uni denegetur actio, quia sciverit filiumfamilias esse, cui pecunia credebatur, etiam denegetur alteri, quanvis ignorarit eum esse in patris potestate, atque ita unius scientia etiam ignoranti noceat. *d. L. non solum*. Quod quale sit, quia iniquum videri potest, dicemus postea, ubi agemus de iusto errore creditoris, propter quem senatusconsultum cessat. Quod fiet in exceptionibus senatusconsulti. Nunc illud in summa tenendum erit, quod de hac parte definivimus, supra scriptis omnibus personis, quibus pecuniæ filiofamilias creditæ nomine actio alioqui esse potuit, eam omnem hoc senatusconsulto denegari.

VII. Sed hoc loco opponuntur nobis & veteribus verba senatusconsulti: hæc nominatim denegant actionem tantum ei, qui mutuam pecuniam dedisset. At heres creditoris pecuniam non dedit. Et cum ex duobus reis credendi stipulandive unus pecuniam numeravit, alter non numeravit, perspicuum est, eum qui non numeravit, pecuniam non dedisse. Quod si ita est, his actionem non denegari iure, eoque & his iure dandam esse fatendum est. Stare enim oportet illud, quod iure non adimitur, id cuivis concessum videri. *L. qui testamento*, *§. mulier*, *D. qui test. fac. poss. L. 1. §. 1.*

§. 1. *D. de testib.* Sed benehic quoque veteres, nec præter verbi significationem. Dandi enim significatio duplex est; naturalis, & civilis. Naturalis, cum naturaliter, & re ipsa pecunia numeratur. Hoc modo solus creditor, a quo pecunia profecta est, recte dicitur pecuniam dedisse. Qua significatione & proprietate verbi non continentur reliqui, quos dixi. Est & altera civilis, cum is, qui naturaliter non numeravit, iuris tamen interpretatione & ratione perinde habetur, quasi dedisset. Hac significatione verbis senatusconsulti & heredes continentur, & eiusdem pecuniæ rei credendi, stipulandive. Heres ideo recte dicitur pecuniam videri dedisse, quia defunctus, cui successit, dedit. Heres enim iure eadem persona existimatur esse cum defuncto. *Novel. de iur. a mor. præf.* circa medium. Ex duobus reis si unus pecuniam numeravit, ambo numerasse ideo videntur, quia in horum obligatione una res versatur, & una obligatio, non duæ, §. 1. *Inst. de duob. reis.* Atque hanc significationem ut potius accipiamus, senatusconsulti sententia exigit. Apparet enim ideo hic senatusconsulto denegari actionem, ne sit, cur filiusfamilias velit exspectare & optare mortem patris propter æs alienum, quo ex mutuis pecuniis sæpe oneratur. Indicant illa verba extrema, *exspectata patris morte.* Et expressum est in §. *pen. Instit. quod cum eo.* Iam vero filius propter æs alienum ne exspectet mortem patris, neve insidietur vitæ eius, ita fiet, non si uni alicui non tenebitur mutui nomine, sed si nulli.

VIII. Quartum sequitur, ut videamus, in quos denegetur actio superior: & , quod idem est, quibus adversus hanc actionem detur senatusconsulti Macedoniani exceptio. De eo nihil expressum est senatusconsulto: sed ex eo ipso quod generaliter denegatur actio, nec adiicitur, in quem; quale id sit, utrumque intelligitur: non plane tamen. Sic enim de eo scribunt veteres circa hoc senatusconsultum, ut non sit perpetuum. Sed nec eorum tractatio in hac parte satis est exposita. Quo maiore attentione hæc quoque pars indiget. Sic autem definiendum est: in quos actio daretur ex caussa huius mutui, si mutuum constitisset, non vetante senatusconsulto Macedoniano; adversus eos omnes denegari actionem ex hoc senatusconsulto, exceptis interdum huius obligationis accessionibus. Competeret actio ex hac caussa adversum filiumfamilias, quem placet ex omnibus caussis, si nihil aliud impediat, tanquam patremfamilias conveniri posse. *L. filiusfamilias. D. de obl. & act.* Competeret adversus patrem de peculio. *L. si quis cum filiofam.* 44. *D. de pecul.* §. *actiones autem, Inst. de act.* Et ut sunt actiones rei persecutoriæ, competeret adversus heredes filii, si quidem heredes haberet, quod maxime fieret, si paterfamilias decessisset, §. 1. *Inst. de perp. & temp. action.* Competeret præterea & adversus accessiones omnes eius principalis obligationis; ut fideiussores filii; ut mandatores, qui mandassent creditori, ut pecuniam crederet filiofamilias; ut reos pecuniæ constitutæ, qui scilicet constituissent se soluturos, quod filiofamilias mutuum datum erat. Adde & pignorum possessores, si quis forte alius nomine filiifamilias pignus dedisset, ex quo esset de pignore hypothecaria in rem actio. De his, inquam, ita placuit. Tribus his tanquam principalibus reis exceptio Macedoniani competit; filiofamilias cui pecunia credita est; parenti eius, & successoribus filii, si paterfamilias decesserit. *L. item* §. *quanquam, L. sed si pater*, §. *non solum D. eod. tit.* Accessionibus autem, ut fideiussoribus, mandatoribus, constitutæ pecuniæ reis, pignorum possessoribus, datur & ipsis eadem exceptio; sed hac conditione, si conventi regressum habeant adversus principales reos. *d. L. sed si pater*, §. *non solum*, ut accidit in fideiussoribus, & similibus interventoribus, qui non donandi animo pro filiofamilias in pecunia ei credita se aut res suas obligarunt. Est enim his adversus filiumfamilias actio negotiorum gestorum. *L. quod dictum, D. de pact. L. ex mandato*, §. 1. *D. mand.* Quod si accessiones nullum regressum habituræ sint adversus filiumfamilias, cum pecuniam ei creditam solverint, placet eos utiliter conveniri, nec habere senatusconsulti exceptionem. *d. L. sed si pater*, §. *non solum, de senat. Maced.* quod & in similibus exceptionibus reorum similiter receptum est. *d. L. quod dictum, de pact.* Hinc duo genera eorum, in quos de pecunia filiofamilias credita datur actio, ut in accessiones eius obligationis: cum tamen in filiumfamilias non detur. Primum superiores omnes accessiones, cum donandi animo intervenerint. *d. L. sed si*, §. *non solum, de Mac. d. L. quod dictum, de pact.* Tum dominus mercis, cum filiumfamilias extraneum præposuit merci suæ, atque hic deinde in ea administratione pecuniam mutuam accepit. In qua specie ipsum quidem institorem; quia filiusfamilias fuit, exce-

exceptione senatusconsulti usurum constat, si conveniatur. Cæterum adversus eum qui præposuisset, institoriam actionem sine exceptione dari placuit, etsi hic conveniatur ex facto filii. *L. item*, *§. interdum*, *D. de sen. Mac.* non alia de caussa quam quod dominus mercis nullum regressum habet adversus filiumfamilias institorem eius pecuniæ nomine, quia in rem eius versa est.

IX. Sed oritur hoc loco duplex dubitatio. Una ex verbis senatusconsulti, in qua quæritur, quam recte conveniat senatusconsulti verbis superior sententia. Nam senatusconsultum generaliter vetat huius pecuniæ nomine actionem dari. In quos agatur, denegeturve hæc actio, senatus non adiicit. Proinde hæc collectio recta est, eademque veteribus ubique usurpata, ideo adversus omnes denegandam esse actionem hoc nomine. Hæc collectio est eiusdem auctoris Ulpiani in similibus rationibus, in *L. item veniunt*, *§. petitam*, ver. *a quo*, *D. de her. pet.* *L. metum*, 9. *§.* 1. *D. quod met. cau.* Caii in *L. de pretio*, *D. de publ. act.* Quamquam igitur de exceptione pacti cum reo interpositi ita scriptum est in *d. L. quod dictum*, *D. de pact.* quod dictum est hanc fideiussori quoque competere, propter rei personam placuisse, ne is postea a fideiussore conveniatur; ideo si fideiussori adversus reum actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, non prodesse ei exceptionem: tamen non continuo in exceptione Macedoniani idem licet dicere. Satis enim constat, cum creditor paciscitur cum reo, ne petatur, eum consultum velle reo, cum quo paciscitur, non etiam alteri, cui per liberam personam acquiri nihil potest. Ut non sit mirum, si fideiussore convento, nihil ea res nocitura sit reo, ne pacti quidem defensionem ad fideiussorem pertinere. At in Macedoniani exceptione contra est; quæ verbis senatusconsulti non filiifamilias tantum caussa comparata est, sed generaliter omnium, adversus quos de pecunia filiofamilias credita agitur. In totum enim senatus actionem eo nomine dari vetat. Atque hinc dubitatio. Verumtamen & in senatusconsulti Macedoniani exceptione idem recte dicitur, quod in cæteris. Senatusconsulti enim verbis videtur denegari actio adversus omnes, quia denegatur simpliciter. Sed eius sententia manifesta est, eo non id agi, ut ne detur actio in omnes, sed ne in filiumfamilias, & in parentem, qui eum habet in potestate. Quippe his duobus tantum consultum voluit. Parenti primum, ut ab hoc removeret insidias, quæ ex ære alieno filii nasci poterant. Deinde propter patrem filiofamilias, ne ære alieno oneratus impelleretur aliquando ad struendas eas insidias. Id & ante ostendimus, & ex verbis senatusconsulti satis patet, estque diserte in *§. pen. Inst. quod cum eo*. Sic autem his solis consulitur, si in eos solum denegetur actio, itemque in eorum heredes, quando hi in decessorum locum & ius succedunt. Sed & in eos, qui conventi adversus superiores regressum habeant, ut in eos qui non habeant, ad superiorum utilitatem nihil pertinet. Quapropter est ex hac sententia, in priores illos omnes actionem denegari senatusconsulto: in hos posteriores, quanvis teneantur ex eadem caussa, non denegari: similiter ut fit in cæteris exceptionibus.

X. Altera dubitatio oritur circa fideiussorem filiifamilias adhibitum in pecunia credita, idque ex genere fideiussoriæ obligationis. Nam cum dicimus filiumfamilias ex pecunia mutua non teneri, & tamen fideiussorem eius pecuniæ acceptum teneri utiliter exclusa omni exceptione, si donandi animo fideiusserit: hoc dicere videmur fideiussorem in hac caussa utiliter adhiberi posse, etiam tunc cum filiusfamilias non obligatur. Hoc vero conditio obligationis fideiussoriæ non admittit. Est enim obligatio accessoria, quæ nulla esse potest, ubi nulla est præcedens obligatio, cui accedat. *§. fideiussores*, *Inst. de fid.* Sed in promptu responsio est. Nam fideiussor omni obligationi accedere potest non tantum civili, sed etiam naturali. *L.* 1. *L. fideiussor obligari*, *§. fideiussor*, *D. de fid.* *§.* 1. *Inst. eod.* In specie autem mutui proposita eiusmodi quædam obligatio est filiifamilias. Non obligatur filiusfamilias ex pecunia credita civiliter. Apparet ex senatusconsulto, quod denegat eius rei nomine actionem. Sed obligatur ex ea caussa naturaliter. Idque ex eodem senatusconsulto intelligitur: quod tale est, ut non deneget actionem adversus filiumfamilias, quia is non obligetur, sed quia cum obligetur, tamen placeat eum actione liberare in odium & ob pœnam creditorum. *L. sed si pater*, in fin. & *L. quia*, sequen. *D. hoc tit.* Recte igitur huic obligationi fideiussor accesserit, ut si ex persona & commodo filii exceptionem non habeat, nihilominus iure solus teneatur. Eadem res facit, ut non tantum initio cum filiusfamilias pecuniam accipit, utiliter fideiussor adhiberi possit; sed etiam postea quandoque, constante videlicet eadem illa natura-

turali obligatione. Sed hoc ita est, dum fideiussor interveniat vivo filiofamilias. Quod si mortuo eo creditor eius pecuniæ nomine fideiussorem acceperit, obligatio fideiussoria nulla est: quia nulla principalis, civilis aut naturalis superest, cui fideiussor accedat. Hoc in *L. creditorem*, antepen. *D. eod.* Nullam hic esse civilem obligationem mortuo filiofamilias constat. Nam nec vivus teneretur civiliter, ut ante diximus. Sed nec mortuo eo naturalis eius obligatio ulla superest ideo, quia nulla omnino intelligi potest obligatio, ubi nemo est, qui obligetur. Hoc autem contingit filiofamilias mortuo. Non enim obligatur ipse, qui in rerum natura esse desiit. Non heres eius, quia heredem non habet. Filii enim familias pagani, & militis intestati bona omnia etiam castrensia, non quasi hereditas, sed quasi peculium, id est paterna potestatis iure patri deferuntur. *L. 2. D. de castr. pec.* Quod tamen ita temperatum est *Novella Iustiniani de hered. ab intest. veni.* §. 1. nisi filiusfamilias decesserit, relictis liberis, & is propria aliqua bona habuerit ex constitutionibus, ut castrensia, & adventicia. In quæ Iustinianus eos liberos succedere voluit. Quod si acciderit, tum etiam mortuo patrefamilias cui pecunia credita fuerat, creditor in eam caussam utiliter ex superiore iure fideiussorem acceperit.

XI. Reliquum est, videamus, quandiu denegatur in hac caussa actio ex senatusconsulto; seu quandiu adversus eam actionem competat exceptio senatusconsulti, perpetuone, an ad tempus. Et cum exceptio Macedoniani sit peremptoria, actionem perimens videlicet, non differens; consequens est eam similiter ut reliquas peremptorias, esse perpetuam. §. *appellantur, Instit. de except.* & talis esse dicitur in *L. qui exceptionem, D. de cond. indeb.* Nullam hoc dubitationem habet, quandiu filiusfamilias eadem conditione est, idest quandiu in potestate parentis manet. Apparet enim ex senatusconsulto auxilium tribui filiisfamilias. Sed ex eadem re potuit dubitari, an perseveret exceptio, si filius sui iuris esse cœperit, & paterfamilias conveniatur, aut agatur adversus patrem de peculio. Videri enim potest auxilium tribui filiofamilias hoc ipso, quod est filiusfamilias. Quod si est; cum filiusfamilias esse desierit, desinet quoque ratio auxilii, atque una auxilium: ut quæ caussa locum fecerat senatusconsulto, eadem sublata senatusconsulti auxilio finem adferat. *L. in omnibus caussis id observatur, D. de reg. iur.* Et ne hoc cuiquam ita videatur, provisum est senatusconsulto. De cuius sententia ideo adversus hanc dubitationem diligenter monemur a veteribus, exceptionem senatusconsulti Macedoniani ita perpetuo competere, ut quanvis filiusfamilias sui iuris facto, nihilominus eadem exceptio perseveret, atque ita nec detur actio adversus filium quanvis emancipatum, aut alio modo sui iuris factum, nec adversus patrem de peculio, tametsi liberos in potestate habere desierit. Quod diligenter comprehensum est in *d. §. pen. Inst. quod cum eo.* Efficitur hoc ipsis verbis senatusconsulti. Sic enim extrema verba sunt: *ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen, exspectata patris morte, fieri.* Nomen, idest debitum. *L. qui chirographum, D. de legat.* 3. idoneum, idest utile, & in quo satis sit ad exigendum. *L. tutor sive*, 35. *L. cum post.* in princ. *D. de adminisl. tut.* Ita his verbis senatusconsultum vetat etiam post mortem patris hoc debitum pecuniæ filiofamilias creditæ exigi vel a filiofamilias, vel a patre. Atqui morte patris, cuius in potestate erat filiusfamilias, constat filium sui iuris effici. *Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv.* in pr. Hinc intellectum est, quocumque alio modo filius de potestate patris exierit, puta emancipatione, vel damnatione patris, vel alio modo; si tum ex caussa huius mutui agatur, similiter exceptioni senatusconsulti locum fore. *d. §. pen. quod cum eo. L. item, §. sed etsi patri, D. hoc tit.* Nam si tunc non tenetur filius, cum ita sui iuris factus est, ut nec patrem habeat: multo magis intelligendum fuit eum non teneri, si sui iuris esse cœperit patre adhuc vivo: ubi patris persona videri potuit filio ad defensionem patrocinari. Quod si recipimus, multo magis probandum fuit ex senatusconsulto exceptionem durare, si filiusfamilias pecunia mutua accepta exierit quidem de potestate patris, sed translatus in alienam. *L. item, §. mutui*, vers. *si filius, D. hoc tit.* Quod fit, cum pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali in adoptionem dedit. *§. pen. Inst. de adopt.* Neque vero hæc repugnant proposito senatusconsulti, quasi filio patrefamilias facto, cesset caussa propter quam filiofamilias antea exceptio dabatur. Non enim hæc caussa dandæ exceptionis fuit, quia esset filiusfamilias; sed quia data est ei mutua pecunia, cum esset filiusfamilias. Quæ caussa cum præcessit, perpetuam esse necesse est, & manente filio in potestate, & eo sui iuris facto.

Nam

Nam si facta infecta fieri non possunt: non potest ullo eventu fieri, quin quæ semel pecunia mutua data est, semper verum sit ita datam esse. *L. in bello*, *§. facti*. *D. de postl. reverf.*

XII. Illud præcipue ad perpetuitatem huius exceptionis pertinet, ius in ea, itemque in exceptione Velleiani singulari præter cæteras, quod eum cæteræ peremptoriæ exceptiones ita sint perpetuæ, ut tamen opponi solum possint usque ad sententiam; post rem autem iudicatam, a qua appellatum non sit, non possint: *L. peremptorias*, *C. de sent. resc. non pos.* hoc in his duabus exceptionibus contra receptum est, ut perpetuo possint opponi, & ante rem iudicatam, & post rem iudicatam in exsecutione iudicati, dummodo in exceptione Macedoniani res acta sit iudicio cum filiofamilias, non autem cum eo, qui iam sui iuris factus esset. Hæc sententia notatu digna est, quæ exstat in *L. tamen*. *D. hoc tit.* Finge hoc modo: filiusfamilias mutua pecunia accepta conventus est iudicio a creditore, ut omnes filiosfamilias tanquam patresfamilias conveniri posse iam diximus. *d. L. filiusfamilias*, *D. de obl. & act.* Conventus, sive consulto, sive per imperitiam iuris omisit exceptionem senatusconsulti Macedoniani, & ita condemnatus est, nec appellavit intra tempora constituta. Si conveniatur postea in exsecutione actione iudicati, recte nihilominus utetur exceptione senatusconsulti; qua inhibebit exsecutionem. Quod si idem iudicium institutum esset cum eo iam emancipato, & omissa exceptione condemnatus esset, nec provocasset: non idem ei tribueremus, quia emancipatus exceptioni renuntiare potuit, ut dicetur postea in exceptionibus. Et hæc sententia est *d. L. tamen hic*. Sed obiicitur *d. L. peremptorias*. *C. sent. resc. non pos.* ubi generaliter traditur, iudicatum a quo appellatum non sit, exceptione peremptoria rescindi non posse; quia non nisi usque ad sententiam huiusmodi exceptiones opponi possint. Dicendum est, hoc ita accipi debere ex perpetuo usu iuris, nisi appareat in aliquibus exceptionibus ita iure comparatum esse, ut etiam post rem iudicatam opponi possint. Semper enim illud tenendum est, quod regula iuris traditur, *in toto iure generi per speciem derogari*: id est generalibus constitutionibus per speciales in specialibus caussis exceptis. *L. in toto iure*, *D. de regul. iur.* Iam vero ex omnibus peremptoriis exceptionibus intelligimus in hac perpetuitate exceptas esse duas has exceptiones Macedoniani, & Velleiani, quas placet etiam post rem iudicatam nec appellatione suspensam utiliter obiici posse. Id ita intelligimus ex senatusconsulto Macedoniano & Velleiano, quod utriusque senatusconsulti sententia efficitur neque filiumfamilias, quandiu filiusfamilias est, aperte multoque minus silentio & dissimulatione sua exceptioni Macedoniani senatusconsulti 3) renuntiare posse, neque mulierem exceptioni Velleiani. Exceptionem Macedoniani constat non esse comparatam filiifamilias caussa, sed in odium creditorum, ut denegata his actione adversus eum, qui alioqui obligatus erat, hac pœna afficiantur, *d. L. sed si pater*, in fin. *D. hoc tit. L. qui exceptionem*. *D. de cond. ind.* At non puniretur creditor si liceret filiosfamilias omissa per dissimulationem exceptione sese necessitati solvendi ex sententia subiicere. Et certe facile filiifamilias vel corrumpi, vel induci possent a creditoribus, ut ista modo exceptionem sibi abire, seque condemnari sinerent, quo illis deinde uti possent facilioribus ad novas pecunias credendas. Ut proponitur nobis factum esse in caussa non dissimili adolescentum apud Terentium in Phormione. Quod attinet ad exceptionem Velleiani, satis ostendit senatusconsultum, mulierem ei renuntiare non posse, quia senatusconsultum vetat mulierem intercedere. Renuntiando autem exceptioni magis intercedit. Sed de eo dicetur amplius in senatusconsulto Velleiano. Unus locus in hanc sententiam nunc sufficiet. *L. si mulier*. 2. *C. ad sen. Vell.*

CAP.

3) Et quia respicit publicam utilitatem. Alias occasio delictorum nasceretur, & quod recta via prohibitum, ad id obliqua pervenire liceret. Quæ sententia communis Fachin. 2. *Contr.* 61. Zanger. *de Except.* *P.* 3. C. 10. *cir. fi.* Setser *Lib.* 1. *de Iuram.* C. 13. *n.* 7. Andr. Clud. *de Cond.* C. 3. *n.* 45. *& seq.* P. Bussius *ad L.* 1. *h. t.* *n.* 2. Diss. eo refer. Zas. 2. *Sing. Resp.* 28.

CAP. XXVI.

Quibus in caussis senatusconsulto Macedoniano ex sententia ipsius senatusconsulti locus non sit; sed sit utilis creditori de pecunia filiofamilias credita actio: quæ totidem sunt senatusconsulti exceptiones. Ac primum quæ hic sint exceptiones ex persona creditoris.

Transitio, & divisionis superioris continuatio. I.
Exceptiones SC. contrariæ tres. Hæ aut ex creditoris, aut patris, aut filii persona ducuntur. II.
Ex creditoris persona iustus facti error; & quomodo. III.
Iusti erroris caussa aut ex creditoris ætate; & quatenus. IV.
Aut ex vulgata de conditione filiifamilias opinione, aut etiam ex eiusdem mendacio. V.
Mendacium iusta erroris caussa, si nec scivit, nec scire potuit esse filiumfamilias cui credidit. VI.
Quot modis & quibus scire potuit. VII.
An unius ex duobus credendi, aut stipulandi reis ignorantia alteri noceat, & quomodo. VIII.
Et cur unius ex duobus filiisfamilias debendi reis obligatio aut liberatio alteri nec prosit, nec noceat. IX.
Quæ horum obligationis a superiorum obligatione differentia. X.

I. ET hoc quidem ius est sine exceptione de pecunia filiofamilias credita, si verba tantum senatusconsulti sequimur. Sed complures sunt caussæ interpretatione receptæ a veteribus, in quibus mens senatusconsulti cessat. Unde & in his senatusconsultum a veteribus cessare dicitur. In quibus totidem sunt senatusconsulti Macedoniani velut exceptiones, quæ dent creditori de pecunia filiofamilias credita actionem, non tantum adversus cæteros, sed etiam adversus eum, qui accepit. Caussæ summatim & velut per indicem comprehensæ in *L.* 1. & *L.* 2. *C. eod. tit.* quæ non ita expositæ paulo fusiorem, & certiorem explicationem desiderant.

II. Et ut res tota sit planior, sic commode, videntur ex suis generibus dividi posse, ut ad tria referantur. Ducuntur enim partim ex persona creditoris, partim ex persona patris, partim ex persona filii cui pecunia data est.

III. Ex persona creditoris cessat senatusconsultum, & utilis est actio de pecunia credita, si creditor iusto errore facti deceptus putans esse patremfamilias, qui erat filiusfamilias; tanquam patrifamilias pecuniam credidit. *L.* 3. In pr. *D. eod.* Sumptum ex senatusconsulti sententia. Animadvertere enim licet senatusconsulto denegari actionem in creditores non simpliciter, sed hac de caussa, quod mutuum dando filiisfamilias, materiam præberent malis moribus, quod iidem pessimo exemplo fœnerarent. Proinde hac de caussa, quid deliquissent. Unde denegatæ actionis pœna. Unde & exceptio in eam rem in odium & ob pœnam creditorum comparata esse dicitur. *d. L. qui exceptionem, D. de cond. ind. d. L. sed si pater*, in fi. *de hoc tit.* Nulla autem pœna sine delicto: cum pœna nihil aliud sit, quam delicti coercitio. *L. aliud est fraus, D. de reg. iur.* Atqui nullum delictum est, nullus disciplinæ publicæ contemptus in eo, qui iusto errore falsus putavit se patrifamilias credere; si filiumfamilias scisset, non crediturus. Unde promptum fuit intelligere esse contra mentem senatusconsulti, in eum qui isto errore credidisset, actionem denegari: denique ad istum creditorem pœnam senatusconsulti non pertinere. Neque enim ibi pœnæ legitimæ locus est, ubi nullum est delictum, quod lex coerceat. Sic & in conductione militis, cui lex quidquam locari vetat, & si contra factum sit, denegat locatori omnem actionem; placuit legem ad eum non pertinere, qui ignorans militi quasi pagano locaverit: eadem ista ratione videlicet, quia non contemneret disciplinam, idest nihil delinqueret dignum pœna legis, qui militem ignorasset. *L. si ignorans, D. loc.*

IV. Sed iustum errorem in creditore filiosamilias mutuum dante exigimus. Iustus hic error aut ex ætate creditoris æstimatur, aut ex caussa extrinsecus incidente. Ætas creditoris sola hunc obiicere putatur, si is minor sit 25. annis, qui filiofamilias credidit. Huic quidem minori non denegari actionem placet, quasi nec videatur filiofamilias credidisse. *L.* 3. in pr. illic,

illic, *proinde*. *D. hoc tit. L. regula*. in pr. *D. de iur. & fact. ignor. L. verum*, §. *ult*. *D. de minor*. sed non alia de caussa, quam quod non videatur minor scire potuisse, an filiusfamilias sit, cui credidit, ut Ulpianus scribit in *d. L.* 3. in pr. verf. *proinde*. Sed quod hic minori tribuitur, idem Ulpianus ibidem admonet ut minori tribui caussa cognita, & in eo ei a prætore succurri: in quo intelligere debemus succurri per in integrum restitutionem. Quod & idem expressit in *d. L. verum*, §. *ul. D. de min.* Quod eo spectat, ut intelligamus hanc restitutionem post 25 annum competere tantum intra quatuor annos, tempus omnibus restitutionibus in integrum præstitutum. *L. ult. C. de temp. in integ. rest.* Ideo post id tempus omnem repetitionem creditori isti denegari.

V. Caussæ extrinsecus intervenientes duæ etiam in maiore 25 annis iustum hunc errorem, & hæ per se singulæ faciunt: vulgata opinio de conditione filiifamilias; & huius ipsius mendacium de conditione sua mentientis. Vulgata opinio de conditione filiifamilias iustum errorem præbet creditori, si publice sui iuris videbatur plerisque, *L.* 2. *C. hoc tit.* idque non vano rumore, sed opinione ex eius actionibus nata, in quibus se palam pro patrefamilias gerebat; puta sic agebat iudicio, sic contrahebat, sic muneribus publicis fungebatur. In omnibus scilicet se patremfamilias, & ut lingua vernacula loquimur, suis iuribus utentem prædicans, nemine refragante. Hæc sententia. *d. L.* 3. in pr. *D. eod.* Mendacium filiifamilias se esse patremfamilias affirmantis idem tribuit creditori. *L.* 1. *C. eod.* ut & alias receptum est, iure unicuique mendacium suum nocere. *L.* 4. *L. eum qui*, *D. quod cum eo*, *L. ult. D. de rei vind.*

VI. Non est tamen satis hoc mendacium filii ad excusationem creditoris, nisi hoc accesserit, ut is affirmationi filiifamilias iusta ratione crederet, & doceat se credidisse. Hoc enim nominatim adicitur in *d. L.* 1. *C. eod.* Iusta ratione credidisse intelligitur creditor, si neque scivit aliunde, neque scire potuit filiumfamilias esse eum, cui credebat. Quod si aut scivit, aut scire potuit, senatusconsulto locus est. *L. pen. D. eod.* Si scivit, nulla dubitatio, quin mendacium filii nihil ei prosit. Non enim decipitur alieno mendacio, sed a seipso, qui scit falsum esse, quod dicitur. *L. nam si actor*, *D. de rei vind.* Et qui scivit filiumfamilias esse eum cui credebat, non debuit exspectare, ut de eo certior fieret. *L.* 1. in fi. *D. de act. empt.* Sed etsi creditor scire potuit, idem probandum est. Non enim debent esse melioris conditionis stulti, quam periti. *L.* 4. *D. quod vi, aut clam.*

VII. Tribus autem modis fieri potest, ut creditor scire potuerit: quos si in inquirendo omisit, senatusconsulto tenetur, quanvis nesciverit certo esse filiumfamilias eum, cum quo contrahebat. Primum si scivit filium istum habere patrem in eadem civitate; debuit patrem adire prius, & quærere, num filius esset in eius potestate, necne. Id quod a patre facile cognoscere potuit. Si filius ibi patrem non habuit, sed habuit cognatos, quos ibi esse non ignoraret creditor; proximum fuit, ut illos adiret, & eos de conditione cognati consuleret. Non enim verisimile est eos ignorare, quo iure esset cognatus. *arg. in L. pen.* in fin. *D. unde cogn.* Hæc ita facienda esse in re simili præcipitur in *L. hæc autem*, §. 1. *D. quib. ex caus. in possess. eat.* Quod si in eadem civitate nemo erit ex his, a quibus creditor de conditione filii recte cognoscere potuerit: tertium est, ut interroget eum, cum quo contrahit, an patrem habeat, necne. Si respondet se habere: satis habet creditor, ut eum filiumfamilias existimet, nisi is se certis modis dicat liberatum potestate. Sic enim ius est, ut qui procreati sunt ex iustis nuptiis, si patrem solum habent, sint in eius potestate, nisi iustis modis de potestate exierint. *L.* 3. *D. de his qui sunt sui vel al. iur. Inst. de patr. pot.* In pr. & §. *ult.* Nec quidquam iuverit creditorem, si filius se patrem habere confessus, nihilominus se sui iuris esse affirmet. Stulte enim hoc credidit, qui mutuum dabat, cum filii affirmationi repugnaret ratio iuris. Quod si ignorat creditor, in iure errat. Quem errorem constat nulli prodesse. *L.* 2. *L. regula*, in pr. *D. de iur. & fact. ignor.* Sequitur igitur, ut si filius se patris potestate solutum dicat, amplius creditor percunctari debeat, quo modo sit solutus. Ex quo genere si unum aliquem iustum modum dixerit filius, puta emancipationem, aut damnationem patris: hic demum creditor affirmanti filio iusta ratione credidit, si an ita se haberet, necne ignoravit. Hæc enim facti ignorantia est, quam ut iustam & probabilem constat ex diverso nulli nocere. *L.* 2. *L. iuris*, *L. pen.* in pr. *D. de iur. & fact. ignor.* Atque hæc cum dicimus fieri debere ad iustum errorem creditoris, etiam dicimus debere ab eo probari, ut, cessante senatusconsulto, utiliter experiatur. *d. L.* 1. *C. eod.* id au-

tem ex regula iuris perpetua, ei qui dicit, incumbere probationem. *L.* 2. *D. de probat.* Ex his apparet, quam periculose mutuum detur filiofamilias. Nam etiamsi creditor putet eum esse filiumfamilias; tamen nihil proficit, nisi probet superiora, quibus iustus error in eo arguitur. Scimus autem, quam non præstentur pleraque a creditoribus. Aut quam sit omnium difficilis probatio. Itaque bene ita traditum est regula iuris hinc nata. *L. qui cum alio*, D. de reg. iur. *qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet non ignarus conditionis eius*. Cui ergo debet? quia si est ignarus, ex eo sunt illa incommoda in pecunia filiofamilias credenda, quod propter ignorantiam mutuum dabit; ac nisi sollicite eas probationes compararit, quas ante diximus, pecuniam amittet.

VIII. Sed quod dicitur, cum creditor putavit eum esse patremfamilias, cum quo contrahebat, cessare senatusconsultum, & utilem esse actionem creditori; sic accipiendum est, si creditor in ea pecunia sit solus creditor, aut duo quidem rei credendi eiusdem pecuniæ, sed ambo pariter iusta de caussa patremfamilias putent. Quod si eiusdem pecuniæ duo rei credendi, stipulandive erunt, quorum unus sciat esse filiumfamilias eum, cui pecunia credebatur; alter ignoret, ac putet esse patremfamilias quanvis iusto errore: placet nihilominus in utroque locum habere senatusconsultum, & filiumfamilias pariter utrumque exceptione senatusconsulti summovere: ut unius creditoris scientia alteri reo credendi quanvis ignoranti noceat. Hoc Ulpianus in *L. item*, §. *non solum*, versic. *sed etsi*. *D. hoc tit.* de qua specie nos hic dicturos supra monuimus. Et vero sententia digna est animadversione. Videtur enim manifestæ æquitati, & regulæ iuris adversari, quæ exstat in *L. iniquissimum*, D. de iur. & fact. ignor. *iniquissimum videri cuiquam scientiam alterius, quam suam nocere*. Sumptum ex regula generali naturæ. Neminem alterius facto lædi, aut onerari debere. Neminem alterius conditionem facere posse deteriorem. *L. de pupillo*, §. *si plurium*, *D. de op. nov. nunt.* *L. in caussæ*, *D. de proc.* *L. solvendæ*, *D. de negot. gest.* Sed recte Ulpianus in specie proposita, & ex ipsissimis regulis iuris, quæ inter duos reos credendi obtinent. Nam quod dicitur unius scientiam alteri nocere non debere, tunc locum habet, cum nihil amplius est, quam scientia unius, quæ alteri noceat. Id vero naturalis simul & civilis ratio omnis repudiat, ex principiis supra scriptis. At hoc non fit in proposito. Nam cum unius ex duobus reis credendi scientia alteri reo credendi nocet ad liberationem debitoris, non tam alteri nocet scientia unius, quam nocet coniunctio obligationis. De obligatione duorum reorum credendi stipulandive iam ante diximus, in hac unam rem versari, & unam obligationem. Hinc evenire, ut si debitor ab uno reo credendi liberatus sit, pariter ab utroque liberetur. §. 1. *Inst. de duob. reis*, *L.* 2. *D. eod.* Hic autem filiusfamilias debitor, quem unus ex reis credendi talem esse scivit, senatusconsulto Macedoniano liberatur exceptione. Sic fit conditione obligationis, ut in totum liberetur ab utroque, cum in utroque una hæc esset & eadem obligatio. Unde intelligitur, quod dixi, hanc liberationem filiifamilias adversus alterum reum credendi ignorantem, si vere iudicare volumus, non contingere ex alterius rei credendi scientia: sed ei qui sciat esse filiumfamilias eum, cum quo contrahit, nocere scientiam suam, ut sic ab eo prius liberetur filiusfamilias debitor. Ab hoc liberatum sic deinde consequi, ut propter coniunctionem obligationis liberetur quoque ab altero. Quod quidem illi propter liberationem priorem proprie contingit, non propter correi scientiam.

IX. Hinc quæsitum e converso, si unus sit creditor, & duo filiifamilias rei debendi eiusdem pecuniæ creditæ, quorum unum creditor sciat esse filiumfamilias, alterum putet esse patremfamilias: quæsitum, inquam, an quia is quem scit esse patremfamilias, si solus esset, non tenetur ex senatusconsulto, ideo dicendum sit etiam alterum non teneri propter eamdem coniunctionem obligationis, ut adversus utrumque denegetur actio creditori. An vero contra quia is quem creditor putavit esse patremfamilias si solus sit, tenetur ex sententia senatusconsulti, ut ante posuimus, ideo dicendum sit alterum quoque teneri propter eamdem obligationis coniunctionem. Et in summa an unius liberatio sequenda sit, quæ alterum quoque liberet; an vero eligenda unius obligatio, quæ alterum quoque oneret. Hæc est species, quam superiori subiicit Ulpianus in *d. L. item*, §. *non solum*, vers. *item si duos*, *D. eod.* habetque eam quæstionem & quærendi occasionem, quam dixi. De qua ille respondens concise fecit, ut minus res tota intelligeretur. De ea igitur sic enucleatius habendum est. Multum interest in hac spe-

cie

eie inter eum filiumfamilias ex his duobus, ad quem mutua pecunia pervenit, & eum ad quem non pervenit. De eo ad quem pecunia non pervenit, generaliter probandum est, hunc perpetuo teneri, nec ad eum pertinere auxilium senatusconsulti, non tantum si creditor putaverit eum esse patremfamilias, ut iusto errore excusaretur: sed etiam si sciverit esse filiumfamilias. Nam senatusconsultum vetat tantum mutuam pecuniam dari filiofamilias, ne accepta materiam malis moribus præbeat. Huic autem, quem proponimus, mutua pecunia data non est. Præterea reus eiusdem pecuniæ mutuæ vice mutua fideiussor intelligitur. *L. reos*, in pr. *D. de duob. reis*. Porro senatusconsulto Macedoniano non prohibetur filiusfamilias fideiubere pro alio mutuam pecuniam accipiente, dum ne id agatur, ut pecunia ad eum perveniat. *L. item*, in pr. *D. hoc tit.* Quod autem attinet ad eum, ad quem mutua pecunia pervenit, is demum est, qui ad senatusconsulti auxilium pertinet. Huic enim verum est mutuam pecuniam datam esse, quod senatus vetat. Et in eo superiore distinctione utemur, quæ nec alteri profit, nec noceat. Ut si creditor scivit eum esse filiumfamilias, exceptione summoveatur: si putavit iusta ratione esse patremfamilias, non summoveatur. Quæ distinctio est Ulpiani in *d. L. item*, *§. non solum*. Unde intelligimus, cum creditor putavit istum filiumfamilias posteriorem esse patremfamilias, utrumque ex his duobus reis debendi teneri pariter creditori. Nam alterum semper teneri ante diximus. Quod si creditor scivit hunc posteriorem ad quem pecunia mutua pervenit, esse filiumfamilias, iam hic eveniet, ut liberetur ipse senatusconsulti exceptione, alter autem filiusfamilias, idemque reus debendi teneatur, si verum est quod de eo diximus.

X. Hic vero nobis occurritur ex superiore conditione obligationis duorum reorum. Ut enim cum debitor ab uno ex duobus reis credendi liberatus est, simul liberatur ab utroque: sic vice versa, cum unus ex duobus reis debendi liberatus est a creditore, simul etiam alter debendi reus liberatur, propter eamdem coniunctionem obligationis videlicet, quæ itidem in utriusque rei debendi persona una est, non duæ, *d. §. 1. Inst. de duob. reis*, *d. L. 2. D. eod.* Sed quod dicitur, uno ex duobus reis debendi liberato, alterum liberari, hactenus verum est, nisi liberatio unius sit personalis, aut ex ea caussa, quæ liberato soli conveniat, nec pertineat ad alterum. Quodcumque beneficium certa de caussa tribuitur, id tale est, ut in quibus ea caussa non est, beneficium quoque deficiat. *L. in omnibus caussis id observatur. D. de reg. iur.* Et in specie duorum reorum debendi id significatur in *L. idem. §. 1. D. de pact.* At hoc in proposito inter istos duos filiosfamilias debendi reos accidit. Nam is ad quem mutua pecunia pervenit, liberatur exceptione senatusconsulti: sed nominatim hac de caussa, quia pecunia mutua illi data est. Hæc caussa cessat aperte in altero filiofamilias, cui mutua pecunia data non est. Quapropter absurdum sit diei eum ob eamdem caussam liberari. Summa est in hac exceptione, nunquam creditori, qui iusto errore putavit esse patremfamilias eum, cui pecuniam credebat, denegari actionem ex senatusconsulto: præterquam uno hoc casu, si is errorem habeat eredendi, stipulandive in ea pecunia credita, qui sciverit eum, cui pecunia credebatur, esse filiumfamilias.

C A P. XXVII.

Ex persona patris quæ sint Macedoniani exceptiones. Inter cætera præcipue tractatum de pecunia filiofamilias studiorum caussa absenti credita.

I. EX persona patris duæ sunt exceptiones summæ, in quibus cessat senatusconsultum. Una, si voluntate patris mutua pecunia data sit filiofamilias. Altera, si pecunia versa sit in rem patris. Utraque comprehensa in *L. item*, §. *interdum*, vers. *quanquam*, & deinceps. *D. hoc tit.* Sumptum horum quoque utrumque ex mente senatusconsulti. Nam S. C. qua parte patrem respicit, apparet denegare actionem de pecunia filiofamilias credita potissimum caussa patris, atque adeo solum caussa patris. Certo indicio est, quod non vetat dari cuivis filio, sed filiofamilias, idest ei soli, qui est in potestate patris. Quorsum? nempe ne filius in mutua pecunia accipienda aliter se gerat, quam velit pater, ne corrumpatur. Tum autem ne corruptus pecunia, quam in luxuriam consumat, lædat patrem, & oneratus ære alieno insidietur vitæ eius. Quod & diserte scriptum est in §. *pen. Inst. quod cum eo.* & satis significatur illis verbis extremis senatusconsulti; *bonum nomen fieri non posse, exspectata patris morte*. Atqui abest omnis hic metus, si quid eorum erit, quæ supra diximus. Non enim aliter se gerit filiusfamilias in mutua pecunia accipienda, quam velit pater, si eam accipit voluntate patris. Sed & consentiens pater satis declarat non metuere in eo filii insidias. Aperte autem non lædit patrem filius, si pecunia versa sit in rem patris.

Hinc,

Hinc, ut dixi, ex mente senatusconsulti superiores exceptiones.

II. Prior igitur hæc est, cessare senatusconsultum, idest non denegari actionem de pecunia filiofamilias credita, si voluntate patris mutua data sit. *L.* 2. *C. hoc tit. d. L. item*, §. *interdum*, vers. *quanquam*, *D. eod.* Voluntate patris ita data accipitur tribus modis: si vel mandante iubenteve patre data sit; vel sciente tantum; vel rem sine consensu eius gestam ratum habente.

III. De mandante & iubente nulla dubitatio est, quin eius voluntate pecunia data sit, qui iussit, aut mandavit, sive iussit ut filius sumeret, vel a certo, vel generaliter alicunde. Sive creditori mandavit, ut daret. *L.* 1. in princip. *D. quod iussu.* Quid tamen, si pater mandatum revocavit rebus adhuc integris? Et si scivit creditor, senatusconsulto locus est. Potuit enim pater mandatum revocare, & verum est mandato revocato, mutuum non datum voluntate eius. *L.* 1. §. 1. *D. quod iussu.* Quod si ignoraverit creditor mutatam voluntatem, & dederit, cessabit senatusconsultum: ut hic potius initium contractus spectemus. *L. si tantum*, in fin. *D. hoc tit.* ne scilicet iusta ignorantia noceat creditori ob mandatum patris ad mutuum dandum inducto. Quod similiter in omni mandato revocato generaliter probatum est. §. *recte*, *Instit. de mand.*

IV. Sed etsi tantum sciente patre creditum sit filio, dum pater scit, & patitur: tanquam voluntate eius pecunia data placet cessare senatusconsultum. *L. si tantum*, *d. L. item*, §. *interdum*, illic, *num si scit*. *D. hoc tit.* Quod tamen in hac caussa receptum esse non abs re mirum videri potest. Certe pleræque sententiæ veterum, & hæ iuris explorati refragari videntur. Primum quod traditur regula iuris, eum qui [1] tacet, non utique fateri. *L. qui tacet*, *D. de regul. iur.* Deinde quod in edicto de exercitoria & tributoria actione aperte voluntas a nuda scientia distinguitur. *L.* 1. §. *licet*, illic, *in re igitur*, *D. de extr. act.* Postremo ut alia omittam, quod non semel, neque in una parte edicti constanter invitus definitur is, qui aperte non consentit. *L. filiusfamilias*, §. *invitus*, *D. de proc. L. invitum*, *D. de serv. urb. præd.* Contraria sunt invitum esse, & velle aut consentire. Quare si is qui scit, & tacet, invitus est; utique non velle aut consentire eum dicendum est. Et recte dicuntur hæc omnia in iis, qui quod geritur, prohibere non possunt, aut pro officio de sua voluntate testari necesse non habent. In quibus & superiora responsa esse ex suis locis videre est. Quod si quis prohibere potest, & pro officio debet; si scit, nec prohibet: ipse facere, certe facienti consentire intelligitur, ut multis argumentis iuris probatur. Exempla in his locis, *L. quid ergo*, §. 1. *D. de his qui notant. infam. L.* 3. *L.* 4. *D. de noxal. act. L. unica*, in fin. *D. fur. advers. naut.* Ex hoc genere est mutuum, quod datur filiofamilias, sciente patre. Nam cum scit pater dari, prohibere potest, ne filius accipiat, pro iure & potestate patris. Potest & illud prohibere, ne det creditor. Cum enim denuntiaverit creditori, ne daret, nemo tam stultus futurus est, ut velit dare pecuniam, quam sciat se amissurum creditam invito patre. Atque ut potest prohibere hanc numerationem pater, ita & pro officio debet, si putat eam rem ad corruptelam filii pertinere. Est enim boni patris dare operam, ne filii mores corrumpantur, & præsertim ubi corruptela spectet ad perniciem patris. Quapropter recte, & superioribus exemplis quæ dixi, convenienter, hac quoque in parte receptum est a veteribus, ut quæ mutua pecunia filiofamilias data est, sciente patre, & non contradicente, videatur eius voluntate & consensu data, ut ne deinceps creditori metuenda sit senatusconsulti exceptio.

V. Postremo quanvis neque mandante patre

[1]) Silentium & patientia quando loco consensus, varie tractant Forcat. *Dial.* 52. *n.* 3. Rob. 2. *Rer. lect.* 26. Hotom 5 *Obs.* 7. & *ad L.* 1. *C. de Remiss. pig.* Nic. Valla *de Reb. dub. Tract.* 30. P. Fab. *ad L.* 3. *de R. iur.* Donel. noster *ad L.* 6. *C. Mand. n.* 7. & *seqq.* P. Gilken. *de Præscrip. P.* 2. *C* 6. *n.* 225. Fachin. 13. *Contr.* 50. remissive, plures veterum citans Iac. Scultet. *in Addit. ad Mo-dest. Pist. P.* 1. *Q.* 130. *n.* 25. Hot. *d. C.* 7. putat non posse tradi certam regulam, sed species notandas esse. Sed Don. *d. loc.* scite hanc rem ita definit: Si patimur aliquid fieri quod sit nostra caussa, totumque ad utilitatem nostram plene pertinet, silentium pro consensu est. Ex. gr. Si pro. me præsente alium fide ubere patiar *d. L.* 6. *C. Mand* 2. Si non quidem sit nostra caussa, neque plene ad commodum nostrum, sed si recte factum nobis prodest vel ad affectionem nostram pertinet, non recte factum nocet, & cum possumus prohibere, non prohibemus, consentire censemur. Exemplum in *L.* 7. *de sponsal.* Contra silentium pro dissensu, si quod sit, pertinet ad nos onerandos vel obligandos. Exempla in *L.* 8. §. 1. *de Proc. L.* 5 *de ser. urb. L.* 8 §. 15 *Quib. mod. pig. sol.* Nisi evidens ratio contra suadeat, ut in quatuor speciebus (1) in his quæ pater facit in persona vel re filii iure suo, ubi tamen filii quoque consensus requiritur. Hic filius tacens consentit, ut in adoptione *L.* 5 *de adopt. in specie L.* 2. §. *ultim. Sol. mat.* tum quia ad filii existimationem id pertinet, ne reluctetur patri, tum quia ad utilitatem, cum nullus affectus vincat paternum. (2) Si colonus impleto conductionis tempore maneat in fundo, domino patiente *L. ult. Locati.* (3) In re trium fratrum communi, quam unus donat alterius uxori. (4) In decurionatu filiofamilias delato. Reliqui loci ab Accursio relati ad rem non faciunt.

patre, neque sciente, pecunia filiofamilias ab initio data sit: tamen etiam voluntate & consensu patris data videbitur, si is postea ratum habeat, quod gestum est. Quam ad rem non tantum in hac specie, sed etiam in omnibus aliis negotiis, & hominum actionibus, quæ ad vim suam consensum alterius desiderant, hæc sententia certi iuris recepta est, semper ratihabitionem mandato comparari, & prorsus retro trahi, ut confirmet ea, quæ initio subsecuta sunt. Sic Iustinianus de ratihabitione in omnibus caussis in universum constituit, per occasionem tamen ratihabitionis paternæ, quæ in mutuo filiifamilias sequeretur, in *L. ult. C hoc. tit.* Unde & regula iuris pontificii totidem verbis transcripta in *C. ratihabitionem, de reg. iur. in VI.* Sententia non primum inducta a Iustiniano, sed quæ apud veteres quoque iam olim obtinuisset. Confirmatur enim diserte in *L. licet, D. de iud.* & in *L. 1. § quoties, D. unde vi.* Sed ea tamen, de qua inter omnes veteres non conveniret. Tribuitur enim nominatim tantum Sabino & Cassio, & quibusdam aliis hos secutis, in *d. L. 1. §. quoties, unde vi.* ut appareat [2] Proculianos dissentisse. Quæ dissensio occasionem superiori constitutioni Iustiniani præbuit, alioqui supervacuæ. Nunc utili, ut sine hæsitatione superiorem sententiam, ex ipsa constitutione sequeremur, contraria repudiata.

VI. Sed ne temere videantur dissensisse Nerva & Proculus, obstat ei sententiæ regula certi iuris, qua efficitur, quod initio non valuit, tractu temporis convalescere non posse. *L. quòd initio, L. quæ ab initio, D. de reg. iur.* Huic obiectioni non dubito, quin occurrere voluerint Sabinus & Cassius, dum regulam ita concipiunt, ut dicerent ratihabitionem [3] mandato comparari. Hoc enim non eam tantum significationem habet, ratihabitione non nunc primum, cum ratum habetur, confirmari id quod inutiliter actum est, quod parum esset ad superiorem obiectionem diluendam: sed hoc amplius etiam retroversus perinde haberi, quasi iam ab initio res utiliter gesta esset. Id enim futurum erat, si mandatum ab initio intervenisset. Idque est, quod apertius dicitur, ratihabitionem retro trahi, dum intelligimus retro ad illud primum tempus trahi, quo res gesta est.

VII. Nondum tamen hoc satis ad defensionem. Nam superior regula, quæ eadem est regula Catoniana, simpliciter hoc efficit, quod initio non valuit, tractu temporis non convalescere, hoc sensu, ut aliquo eventu secuto postea, neque exinde primum res valeat, neque retro confirmetur ex eo tempore, quo primum vitiose gesta est. Et quidem hoc modo multo minus. Alioqui eo magis res convalescere dicenda esset, quo longius confirmatio retro ex eventu progrederetur. Quod & verum est, constatque hanc mentem esse regulæ Catonianæ. Sed meminisse oportet eius, quod ante in rebus promissis diximus, regulam Catonianam ad contractus & conventiones conditionales non pertinere, uti nec ad institutiones aut legata conditionalia. *L. cætera, §. 1. D. de leg. 1.* Sciendum est autem, cum id quod fit, pendet ex consensu alterius, si is non consentiat ab initio, rem quidem statim non valere, geri tamen sub conditione, si ille consentiat. Unde evenit, ut illo consentiente, atque ita exsistente conditione, quod gestum est, valeat, non repugnante regula Catoniana, quæ ad conditionalia non pertinet. Atque hinc etiam potest intelligi, quam recte dictum sit consensum & ratihabitionem secutam retro trahi, ut confirmet iam ab initio id, quod ante gestum erat. Id enim facit vis adiectæ conditionis, ac postea impletæ. De qua ut suo loco dicetur, ita placuit, quidquid geritur, contrahitur sub conditione, quandocumque exstiterit conditio, perinde haberi retroversus, quasi ab initio pure gestum contractum esset. *L. potior, D. qui pot. in pign. hab. L. necessario,* vers. *idem Pomponius, D. de peric. & com. rei vend.*

VIII. Quomodo pater ratum habeat contractum cum filio, nihil interest: verbisne, de quo non dubitatur, an re aliqua & facto, atque adeo silentio.

IX. Re & facto ratum habere intelligitur: quam ob caussam & cessat senatusconsultum, si [4] cœpit solvere, quod filiusfamilias mutuum sumpserat. *L. item. §. penul. D. hoc tit.* Et generaliter quæ dicemus postea de filio mutuum agnoscente, eadem debebunt & ad patrem referri:

2) Et contentionem magnam fuisse Cuiac. 17. *Obs.* 20. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 19.

3) Quantum ad hoc scilicet ut qui ratum habuit, improbare id non magis possit, quam si mandasset. Non autem ut inde mandati sit obligatio & actio, quæ verum mandatum, non fictum requirit, sed est actio negotiorum gestorum, ita A. Fab. *ad L. 9. de neg. gest* per eam L. in fin. Sed quæ vis ratihabitionis & retrotractionis huius scite Timæ. Fab. 1. *Annot.* 19.

4) Item consensus præsumitur ex consuetudine, si filius solitus creditum accipere & pater pro eo solvere, arg. *L. ult. D. Quod cum eo qui in al. pot.* Gomez. 2. *Resol.* 6. *n.* 2.

ferri: ut cum a patre profecta erunt, videatur & ipse pariter agnovisse, & ratum habuisse mutuum.

X. Silentio patris idem fieri visum est in hac specie, si filius, absente patre, pecunia mutua accepta, literas emisit ad patrem, quibus, scribebat se pecuniam quasi ex mandato eius accepisse, petebatque ut pater solveret, & pater lectis literis nihil contradixit. Hoc est, quod scribit Paulus in *L. si filiusfamilias*, *D. eod.* debere patrem in hac specie, si actum filii improbat, continuo interponere testationem contrariæ voluntatis. Significans, si non interponat, silentio suo & dissimulatione actum filii probasse videri. Merito autem Paulus hoc silentium patris pro ratihabitione habet, non propter acceptas & lectas literas de pecunia filio data, ut Bartolus putavit. Unusquisque enim literas accipit & legit, ut cognoscat, quæ in his scripta sunt, non etiam ut quæ scripta sunt, probet. Sed quod cum in superiore specie solus scire possit pater, an filius sit mentitus de mandatu patris; si rogatus de eo tacet, dolo facit, & aperte mendacio filii favet in necem creditoris: qui admonitus adversus filium sibi prospicere potuit. Ut cæteris in rebus nulli dolus suus lucrosus esse debet: *L. 1. D. de dolo.* Sic in hac re nocere debebit patri, non prodesse vel ipsi, vel filio. Proinde & quod ambigue factum videri potest, sic accipiemus, ut ipsi noceat.

XI. Sed an ratihabitione patris ita confirmatur mutuum, ut non tantum teneatur pater eo nomine, sed etiam filius, & si quæ sunt eius obligationis accessiones, puta fideiussor, aut mandator? Movet quæstionem, quod ab initio nata est filiofamilias & cæteris eiusdem obligationis reis exceptio senatusconsulti, dum filio pecunia mutua data est sine voluntate patris. Ius autem non patitur, ut exceptionem aliis semel quæsitam pater facto suo possit adimere. *L. ult. D. de pact.* Et consequens est superioribus, ratihabitione patris ita confirmari mutuum, ut sit petitio eo nomine adversus omnes eadem, quæ foret, si senatusconsultum non obstaret. Diximus enim ratihabitionem mandato comparari, atque ita haberi, quasi mandatum patris statim ab initio intervenisset. Nemo autem dubitat, quin si pecunia mandatu patris filiofamilias initio data sit, cesset in omnes senatusconsultum. Nihil ad rem pertinet, quod exceptio aliis semel quæsita, facto patris illis adimi non potest. Ratihabitione enim patris postea secuta, efficitur, ut nunquam filiofamilias in pecunia illi credita exceptio quæsita intelligatur. Non enim acquireretur, si mandatu patris illi esset ab initio credita: At ratihabitio pro mandato est, quam retro trahi, & mandato comparari dicimus.

XII. Altera exceptio est ex persona patris, in qua cesset senatusconsultum, si pecunia 5 versa sit in rem patris. *d. L. item*, *§. interdum*, vers. *proinde hoc tit.* In quo hoc dici animadvertendum est, non consilium filiifamilias de vertenda pecunia in rem patris in hac re spectandum esse, sed eventum, & hunc sufficere. Propone filiumfamilias non accepisse ab initio hoc animo, ut verteret in rem patris, sed postea vertisse. Cessabit senatusconsultum. Vere enim pecunia versa est, etsi non hoc consilio accepta. Pone contra ab initio accepisse eum hac mente, ut in rem patris verteret, sed mutato consilio non vertisse. Senatusconsulto locus erit. Verum est enim pecuniam non esse versam in rem patris. Quod tamen ut fiat exigimus. Hæc in *d. L. item*, *§. interdum*, in fi. *D. eod.* Et ideo quod dicitur in *L. 2. C. eod.* cessare senatusconsultum, si filius mutuam pecuniam acceperit *in eam rem quæ patris oneribus incumberet*, sic interpretandum est, si acceperit in eam rem cum effectu, ut scilicet & in eam rem conferret.

XIII. Versa in rem patris pecunia intelligitur, si melior conditio patris ex ea pecunia facta est. Quod fit dupliciter. Nam aut ei inde quid acquiritur, quod prius non habuit: aut fit, ne quod habet, de patrimonio decedat, quod alioqui esset decessurum.

XIV. Acquirit patri filiusfamilias, sive rem aliquam utilem comparat patri ex ea pecunia, sive liberationem acquirit ei, sive actionem.

XV. Ad liberationem patris pertinet omnis exsolutio æris alieni, quo pater tenebatur. Ideo quidquid de pecunia mutuo accepta contulit in eam rem filius, hactenus tanquam pecunia in rem patris versa, placet cessare senatusconsultum. Idque est, quod dicitur io *d. L. 2. C. eod.* non esse locum senatusconsulto, si filius pecu-

5) Ubi actio de in rem verso, quæ datur quatenus in rem versa est, ac uberior est actio de peculio, competens etiam illa deficiente. *L. 1. de in rem verso.* Non sufficit quidem si in eum finem acceperit filius, nisi vere versa sit: sufficit tamen si utiliter inceptum negotium, licet successu caruerit. *L. 3. §. 1.* Duar. *ad 1. D. de in rem verso.*

pecuniam accepit in *eam rem*, *quæ patris oneribus incumberet*. Onus patris eſt, quidquid pater præſtare debuit, quo ſolutione filii ſublato, acquirit ei filius liberationem. Hoc idem eſt, quod Ulpianus ſcribit in *L. item*, *§. pen.* *D. eod.* ceſſare exceptionem ſenatuſconſulti, *ſi filius acceperit mutuam pecuniam*, *ut eum liberaret*, *qui ſi peteret*, *exceptione non ſummoveretur*. Quod ſic interpretandum eſt: ut eum liberaret, intellige creditorem, ideſt ut abſolveret & dimitteret creditorem, pecunia illi ſoluta; qui ſi peteret, nempe a patre, eodemque debitore, non ſummoveretur ab eodem patre. De pecunia enim huius nomine ſoluta a filiofamilias nunc agitur. Et certe ſi eſſet hic creditor ipſius filiifamilias, adverſus quem filius nullam exceptionem haberet: non eo magis ceſſaret ſenatuſconſultum, quia filius de pecunia aliunde mutuo ſumpta ei ſolviſſet, & ſe liberaſſet. Quod paulo ante ſcripſerat Ulpianus *d. L. item*, *§. proinde*, in fi. *Non tamen*, inquit, *vertiſſe videbitur filius ſi mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum ſolvit*. Et addit: *& ideo ſi pater ignoravit*, *adhuc ſenatuſconſulto locus erit*. Merito: ſemper enim verum eſt eiuſmodi pecuniam neque voluntate patris initio acceptam, neque poſtea verſam in rem patris.

XVI. Eiuſdem generis factum eſt, ſed & idem quo acquiritur patri actio, ſi filiusfamilias in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro ſorore ſua in dotem daret. Scriptum quidem eſt in *L. filiuſfamilias*, *D. eod.* videri eam pecuniam in rem patris verſam, tenerique patrem eo nomine actione de in rem verſo Quod in hoc argumento poſitum non alio ſpectat, quam ut intelligatur in hac pecunia mutua tanquam in rem patris verſa ceſſare ſenatuſconſultum, ut eſt in univerſum definitio in *d. L. item*, *§. interdum*, verſ. *proinde*. Sed quomodo aut cur verſa hic pecunia in rem patris, quæ non pro patre, ſed pro ſorore filii in dotem data eſt? Ideo ſc licet, quia ex hoc facto acquiritur patri & liberatio, & actio. Liberatio: quia pater filiam quam in poteſtate habet, dotare debet, & iure civili cogitur. *L. capite*, *D. de rit. nupt.* Qua obligatione liberatur, cum filius eius nomine pro ſorore dotem dedit. Actio: quia dote patris nomine data pro filia, ipſi patri mortua in matrimonio filia repetitio dotis datur: quam poſteriorem rationem Paulus reddidit, ut probaret pecuniam datam a filio pro ſorore in dotem, videri verſam in rem patris, in *d. L. filiusfamilias*. Explicatur hæc ſpecies pluribus in *L. & ideo*, in fin. & *LL. 2.* ſequentib. *D. de in rem verſo*.

XVII. Fit, ne quid decedat de patrimonio patris, quod alioqui futurum erat, cum filius pecuniam mutuo acceptam impendit in eam rem, in quam pater de ſuo impenſurus erat ſponte ſua, non ulla obligationis aut iuris neceſſitate coactus. Cuius partis exempla complura ſuppeditabit *L. 3.* *§. proinde*, *§. necnon*, & alibi, *D. de in rem verſ.* Una eſt ſpecies in hoc ſenatuſconſulto celebrata a veteribus, quæ huc referri debet, cum filiusfamilias ſtudiorum cauſſa abſens mutuum accepit. In quo ſenatuſconſultum ceſſare iam olim vulgo traditum refert Ulpianus in *L. item*, *§. quod dicitur*, *D. hoc tit.* Quod ille in ſumma ita interpretatur, quatenus pater de ſuo impenſurus fuerit filii nomine. Neque id aliter acceptum eſt reſcripto Alexandri, cuius a conſiliis fuit Ulpianus, in *L. Macedoniani*, *C. eod.* ut mox patebit. Quæ res declarat, quod dixi, hanc ſpeciem ad poſteriorem partem ſuperioris definitionis pertinere. Nunc quia habet ea ſpecies nonnullas cautiones, & frequens eſt, operæpretium eſt quid ea deſideret, paulo plenius cognoſcere.

XVIII. Ergo ut pecunia abſenti filiofamilias mutuo data ceſſet ſenatuſconſultum, tria exiguntur nata ex eo, quod pecuniam in rem patris verſam quærimus.

XIX. Primum ut filius [6] ſtudiorum cauſſa abſit. Quod exempli cauſſa dictum intelligendum eſt, ut ſub una ſpecie omnis honeſta & probabilis cauſſa abſentiæ contineatur. Nam etſi abſit filius legationis cauſſa, idem iuris eſſe traditur in *L. Macedoniani*, *C. eod.* Nec vero quidquam cauſſæ eſt: cur ſi hoc ius putetur pertinere ad unam aliquam cauſſam probabilem abſentiæ aliam, quam ſtudiorum: non debeat generaliter transferri ad cæteras. Cur ergo abſentiam hic exigimus? Quia domi degens filiusfamilias apud patrem non indiget ad victum & res neceſſarias aliena pecunia mutua, cum abunde, certe quod ſatis eſt, neceſſaria illi ſuppeditentur a patre: ad res autem alias nihil pater daturus fuerit. Cur exigimus abſentiam ſtudiorum cauſſa, aut aliam probabilem? Hac ipſa ratione, quia ſcilicet dum voluntate patris abeſt filius, non fuerit recuſaturus pater neceſſarium aut idoneum ſumptum ad eam rem, cui abſentia deſtinata eſt. XX.

6) Vid. Gomez. 2. *Reſol.* 6. n. 32. Zanger. *de Except.* P. 3. C. 10. n. 19. *& ſeqq.* Io. Gutierez. *in Repet. auth. ſacram. puberum* n. 71. *& ſeqq.*

XX. Secundum exigitur in hoc mutuo, ut qui filio studiorum caussa absenti mutuum dedit, probabilem modum in mutuando non excesserit. *d. L. item*, *§. quod dicitur*. Probabilis hic modus duabus ex rebus deprehenditur. Una, si pater certam quantitatem solebat subministrare, & eam creditor non excessit. *d. §. quod dicitur*. Altera, si aut nullam certam quantitatem subministrabat pater, aut subministrabat quidem, & creditor excessit: sed pecunia data est ***ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret***. Sic verba sunt *d. L. Macedoniani, C. eod.* Tales sumptus in eo filio, cui pater nullam definitam summam adhuc miserat, sunt ii, qui ad victum & cultum filii, dignitati familiæ, & facultatibus conveniunt; quos verisimile est patrem pro ea dignitate esse facturum. In eo autem cui pater certam quantitatem solebat subministrare, si creditor eam quantitatem excedat, tales sumptus sunt, qui fiunt ad curandum ægrotum, aut curato ægroto, conferuntur in mercedes medicorum, aut ad cæteras res ad curationem olim necessarias. Apparet autem horum utrumque redire ad hanc summam, ut ideo creditori de pecunia filio studiorum caussa absenti credita sit actio, quia pater idem daturus fuerit; & si daturus fuerit, ut sic in rem patris pecunia hæc versa intelligatur. Ac nisi id fit, sciamus cessare senatusconsultum. Quod apertius indicatur in quæstione de in rem verso in *L. 3. §. proinde, L. & ideo, 7. §. ultim. L. 8. L. 9. D. de in rem vers.*

XXI. Tertium exigi intelligendum est, etsi omissum in *d. §. quod dicitur, L. item*. Ut pecunia ista etiam versa sit in eos usus, in quos pater a se datam impendi vellet: id est, in quos pecuniam solebat subministrare, aut in quos ut necessarios subministraturus esset pro pietate & affectu patris. Quod si in hos usus pecunia consumpta non sit a filio, sed postea conversa ad luxuriam aut res alias, senatusconsulto nihilominus locus erit: nec quidquam patrocinabitur creditori aut absentia iusta filii, aut consilium humanum creditoris. Meminerimus enim de pecunia filiofamilias credita, quem sciverit creditor talem esse, ita demum cessare senatusconsultum, si aut voluntate patris pecunia data sit, aut in rem patris versa. Nec cum quæritur an pecunia versa sit, quidquam ad rem pertinere, quod forte filius ab initio mutuam pecuniam acceperit in rem patris, nisi etiam re ipsa verterit. Quæ sententia Ulpiani est in *d. L. item*, *§. interdum*, in fin. præceditque *d. §. quod dicitur*. Ut intelligeremus huius §. quoque sententiam ad superiorem definitionem referri, aut certe exigendam esse. Sed & hoc ab eodem diserte scriptum est in ea pecunia, de qua tanquam in rem patris aut domini versa agitur, in *L. 3. §. sed si sic acceperit, D. de in rem vers.* Unde & ibidem colligit, curiosum esse debere creditorem, quo pecunia vertatur. Quod ne quis dubitet, etiam ad speciem huius mutui, de qua agimus, pertinere, propemodum expressum est in *d. L. Macedoniani*, in fin. *C. eod.* Cum enim ita scribitur, ***sane si iussu patris datum mutuum probetur: nec in quos usus versa sit pecunia, disquiri necesse est:*** satis aperte significatur, si iussu aut voluntate patris mutuum datum non sit, necesse esse inquiri, in quos usus pecunia versa sit, & quidem in ea specie, cum filiofamilias studiorum vel legationis caussa alibi degenti pecunia credita est. Nam de ea specie toto eo rescripto agitur, ab hac certe rescriptum orditur, ac de ea sub distinctione respondet.

XXII. Atque hæc summa est huius iuris, uti ex scriptis veterum hæc pars nobis relata est. Circa quam multa sunt quæsita: de quibus ex his quæ posuimus, non difficile iudicium futurum est. Primum quia iustam & probabilem caussam absentiæ exigimus, satis inde intelligitur, quid dici oporteat, si filius aberit turpi aliqua de caussa, aut animi & voluptatis gratia iniussu patris. Nempe frustra ei creditor dederit, ut aliquando repetat; quia pater ad eiusmodi absentiam pecuniam filio daturus non fuerit. At quid, si filius aberit studiorum caussa, sed invito patre, qui illum nolit dare operam studiis literarum, aut non in eo loco ubi degit? Si scit creditor, idem probandum est: quia invitus pater nihil fuerit ad eam rem suppeditaturus. At enim dare operam studiis honestum est. Verum non caussa absentiæ repetitionem tribuit creditori: sed voluntas aut utilitas patris in hoc mutuo interveniens. Quorum neutrum est, cum abest filius invito patre. Quanquam & illud recte dici potest, etsi opera bonis studiis impensa per se honesta est: tamen nisi quid mandato Dei certo præcipiatur, nihil videri honestum, quod invito patre facias: utpote adversus illud mandatum, ***Honora patrem & matrem***. At *lætitia* patris est scientia filii, ait Accursius ex *Nov. Constitutio quæ dignitatib. §. generaliter*. Sumptum ex proverbiis

biis Salomonis. Recte hoc dicitur in re dubia. In re autem certa non est huic conjecturæ locus. *L. continuus*, 137. §. *cum ita*. in fin. *D. de verb. oblig.*

XXIII. Quid tamen, si creditor non ignorans filium abesse invito patre, det illi pecuniam in maxima eius inopia, ne egestate pereat? Putem recte eum facere, & ex voto patris, eoque nec denegari ei actionem. Quia prius quam filius periret, videtur patris pietas & hunc sumptum & alium quemvis non recusatura. Quod cum de patris voluntate intelligitur, cessat senatusconsultum. *L. Macedoniani*, *C. eod.*

XXIV. Quid, si extra hanc necessitatem det creditor, sed ignorans filium abesse voluptatis caussa, cum is mentiretur se abesse gratia studiorum? Æque senatusconsulto locus erit. Non enim tantum locum habet senatusconsultum, si creditor scivit de conditione filiifamilias, sed etiam si scire potuit. *L. penultim. D. hoc tit.* Facile autem fuit scire, an filiusfamilias alicubi fuerit studiorum caussa, consultis iis, qui studiis præerant.

XXV. Quid, si vere abfuit filius studiorum caussa, sed cum abesset, invito patre, creditor ignoravit? Non video, quid creditori prodesse debeat sua ignorantia, si in rem patris versum non sit, quod filiofamilias datum est: cum hoc ubique exigatur in hac caussa, ut pater daturus fuerit. *d. L. item*, §. *quod dicitur*, *D. eod. d. L. Macedoniani*, *C. eod. L. si vero*. *D. de in rem vers.*

XXVI. Quid, si filius vere absit studiorum caussa, & volente patre, sed creditor quantitatem a patre subministrari solitam mutuando excesserit, quia forte pater parcior aut avarus non suppeditaret sumptum filio pro dignitate familiæ & facultatibus; ipse autem tantum dederit, quantum ei dignitati, & familiæ conveniebat? Sed cum constet patrem tantumdem daturum non fuisse, apparet quod ita datum est, nec voluntate patris datum, nec esse versum in rem patris. *L. si vero*, *D. de in rem vers.* Proinde & hactenus locum esse Senatusconsulto. *d. L. item*, §. *interdum*, vers. *proinde*. At dedit creditor pro dignitate familiæ. Qui videri potest probabilis modus dandi. Quem modum cum servat creditor in hoc mutuo, ibi ait Ulpianus cessare Senatusconsultum, *d. L. item*, §. *quod dicitur*. Sed idem probabilem hunc modum ibidem interpretatur, si creditor non excesserit eam quantitatem, *quam pater solebat subministrare*. Et certe quanvis in ea subministranda non servaret pater modum dignitati suæ convenientem: tamen non debuit creditor in re aliena hoc arbitrium sibi sumere, ut præscriberet patri; quem modum statueret rebus suis, aut sumptibus in filios faciendis. Patri hoc relinquendum fuit æstimandum. Primum quia rerum suarum dominus est; & unusquisque arbiter ac moderator rei suæ. *L. in re mandata*, *C. mand.* Deinde quia est pater: cuius caritas & sollicitudo pro liberis multo melius decernet, quod expediat filio, quam extraneus quivis: tum quod patri præter cæteros noti sunt mores & ingenium filii: tum quod nullus sit amor, qui vincat paternum, quod ex natura sumpsum positum est in *L. ult.* in pr. *C. de curat. fur.*

XXVII. Quid, si filius absit studiorum caussa, & volente patre, nec excesserit creditor eam quantitatem, quam pater subministrare solebat: sed creditor tum dederit, cum iam filius eam quantitatem acceptam consumpsisset in alios usus, quam in quos pater daturus fuerit, puta in alea, in compotationibus, in divagationibus non necessariis? Et puto, si creditor id scivit, senatusconsulto locum esse: vel quod pater amplius non subministraret, quia amplius non solebat; vel quia de voluntate patris iuste in eo dubitari potuit, ut merito an vellet iterum dare, prius fuerit consulendus, nisi daretur pecunia ad necessarios usus, ut ante dixi. Quales patris pietas pro filio nunquam videtur recusatura. *d. L. Macedoniani*, *C. eod.* Sin creditor [7] ignoravit, senatusconsultum repetitionem, ut existimo, non impediet. Non quia ignorantia in facto alieno sit probabilis, qua ratione Accursius utitur ad *d.* §. *quod dicitur*. (nunquam enim sola ignorantia tuetur creditorem, qui scit se filiofamilias credere, nisi voluntas, aut utilitas patris intervenerit in mutuo filii, ut ante dixi. *d. L. item*, §. *interdum*, in fi.) sed quia creditor non videtur hoc casu excessisse quantitatem, quam pater subministrabat, vel quia etiam videtur voluntate patris fecisse. Non excessit quantitatem; quia pecunia missa filio perinde sit, quasi nec esset missa, cum filius male consumpserit. Quod pro creditore ignorante benigne interpretari decet. Voluntate patris videtur credidisse; quia ut dominus præponendo magistrum navi, videtur hoc facto permittere omnibus, ut cum magistro contrahant eius rei nomine, cui magister præ-

7) Præsumptio enim est, quod filius utiliter impendat. arg. *L. ul.* §. *ul. C. h. t.* Nec igitur probatio creditori iniungenda. Diss. Zanger. *d. C.* 10. *n.* 20.

præpositus est. *L.* 1. *§.* 1. *D. de exer. act.* Ita pater filium aliquo mittendo, & sumptum ei certum constituendo, videtur omnibus facere potestatem illum iuvandi usque ad eam quantitatem, si filius indigeat. Hanc potestatem si revocet postea aut verbis, aut res necessarias filio mittendo, iusta ignorantia creditori non nocebit: ut potius hic initium spectemus. *arg. in L. si tantum*, in fin. *D. hoc tit.*

XXVIII. Illud in commune circa utramque exceptionem superiorem monendi sumus, cum dicimus, pecunia voluntate patris data, aut in rem eius versa, cessare senatusconsultum: utrobique patrem intelligi debere eum, cuius in potestate est filius. Alterius patris voluntatem aut utilitatem inutilem esse creditori ad exceptionem senatusconsulti evitandam. Et ideo si habet quis filium, & ex eo nepotem in sua potestate; postquam nec isti nepoti mutuam pecuniam ex senatusconsulto dari posse constitit: hoc dicimus ne sic quidem utilem esse huius mutui dationem, quanvis nepoti iussu patris eius pecunia data sit, aut versa in rem patris: sed avi cuius in potestate est nepos voluntatem aut utilitatem in hoc mutuo esse necessariam. *L. filium, D. hoc. tit.*

CAP. XXVIII.

Ex persona filii, quæ Macedoniani exceptiones.

Ex persona filii pariter exceptiones duæ & quæ. I.
Prior alibi occupata. II.
Posterior huius loci propria; & quare. III.
Sui iuris factus filiusfamilias debitum agnoscit tribus modis. IV.
1. *Solvendo debitum, aut huius partem; & quæ utriusque ratio.* V.
2. *Cavendo fideiussione, aut pignoris datione. Quæ in utroque agnitio debiti, & quæ pignoris a solutione partis differentia.* VI. VII.
3. *Creditæ pecuniæ novatione, aut constituto. Quomodo hoc aut illa debitum agnoscatur.* VIII.
An sui iuris factus, si per ignorantiam facti fecerit mutui novationem, teneatur; & quatenus in facto errare potuit. IX.
Quid si errore iuris novationem fecit. X.
Agnitio debiti a filio facta nec patri, nec fideiussori nocet; & quare agnitionis a patre factæ ratio dissimilis. XI. XII.
Si filius in potestate agnitum debitum ultro solverit; an pater repetat extantes; an consumptos nummos condicat. XIII.
Interest ex quo genere peculii solverit filiusfamilias. Quæ ex utraque pecuniæ conditione diversa ratio, sive effectus. XIV.
Conclusio & summa huius & superiorum capitum. XV.

I. EX persona filii cessat senatusconsultum duobus casibus, in quibus totidem senatusconsulti exceptiones ex hac parte ductæ. Uno, si filiusfamilias vice patrisfamilias habeatur. Altero, si sui iuris constitutus debitum agnoscat. Vice patrisfamilias habetur miles, & quisquis peculium habet castrense, & quasi castrense. Ille in mutuo semper; hic usque ad peculii quasi castrensis quantitatem. *L. ult. §. ult. C. hoc tit. L.* 2. *D. eod.*

II. De hac exceptione supra dixi in definitione filiifamilias, quod huius partis explicatio magis videretur ad eam definitionem pertinere.

III. Altera igitur exceptio est proprie ad mutuum vere filio familias datum pertinens, ti is sui iuris constitutus debitum agnoscat. Qua ex re non esse locum senatusconsulto diserte scribitur in *d. L.* 2. *C. eod.* Hoc ideo, quia hac agnitione aut nova alia obligatio, aut certe novum mutuum contrahitur, quorum neutri senatusconsultum est impedimento. Nova obligatio est, si filius idem stipulanti creditori promittat, aut se soluturum constituat: illic ex stipulatione: hic ex constituto. *§. de constituta. Instit. de action.* His remotis, quæcunque alia agnitio est debiti, semper saltem novum mutuum contrahetur. Perficitur enim mutuum duabus his rebus, pecuniæ datione, & consensu in hoc, ut pecunia sit mutua; quorum utrumque inest in hac agnitione. Nam primum hic pecunia filio de integro dari videtur. Si quidem nihil interest, utrum pecunia detur alicui, an quæ apud eum erat, pro data habeatur ab eo cuius fuit, aut esse debuit *L. certi, §. ultim. D. si cert. petat. L. qua ratione, §. in-*

terdum, *D. de acquirend. rer. dom.* Accedit deinde hic consensus, ut ea pecunia sit apud filium mutua. Quare mutuum in hac agnitione de integro contrahi intelligitur. Atqui id interponitur cum eo, qui iam sui iuris est, non amplius [1] filiusfamilias. Ex quo apparet omnem hanc obligationem agnitione filii per id tempus constitutam senatusconsulto non vetari: ut quo vetetur tantum mutua pecunia dari filiofamilias.

IV. Agnoscere debitum filius intelligitur, cum agnoscit se idem illud mutuum debere, & paratum solvere ostendit. Id fit tribus modis; aut debitum solvendo vel totum, vel pro parte; aut aliis accessionibus cavendo; aut in eam ipsam pecuniam se obligando.

V. Solvendo unusquisque debitum agnoscit: idque vi verbi solvendi efficitur. Non est enim solutio, nisi eius quod debetur. *Institut. quib. mod. tol. oblig.* in princ. Et si quidem filius totum solvit, nulla dubitatio est, quin totum agnoscat. Quæ res facit, ut solutum non possit repetere, cessante iam ob debitum agnitum senatusconsulto. Quanquam hic alia ratione & quidem certiore non repetet; quia naturaliter debuit *d. L. sed si pater*, §. penult. & ultim. *L. quia*, sequ. *hoc tit.* ut dicendum sit, quanvis forte per errorem solverit, tamen eum non repetiturum. Sed hoc amplius dicimus, etsi filius paterfamilias factus solverit tantum partem debiti, tamen cessare senatusconsultum. Sic verba sunt Ulpiani in *d. L. item*, §. *ult. D. eod.* Quæ sic accipere debemus, ut in totum cesset senatusconsultum, non tantum ad eam usque partem, quæ soluta est, sed etiam in id omne, quod est reliquum, ac needum solutum est: ut quandocumque creditor id repetet, non denegetur ei actio ex senatusconsulto. Id etsi ex superioribus verbis propemodum satis intelligitur, cum simpliciter dicitur cessare senatusconsultum: tamen multo apertius id ostendit Ulpianus in *L. sed si pater*. Quæ subiicitur, ubi per adversativam ita scribit: *sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit exceptionem senatusconsulti ei denegandam usque ad pignoris quantitatem*. Hæc adversativa declarat ipsum contrarium sensisse in priore specie adversante. Ea autem fuit, cum filius partem debiti solvit. Unde intelligimus hoc illum dixisse, parte soluta cessare senatusconsultum, non usque ad partem solutam, ut in pignore, sed in totum. Recte. Nam qui se dicit partem debiti solvere, hoc dicit se partem solvere eius, quod totum debet: quia non est pars, nisi totius.

VI. Aliis accessionibus cavendo agnoscit debitum, qui creditori in pecuniam mutuam dat fideiussores, aut pignora: ex quo est, quod placet ob huiusmodi cautiones cessare senatusconsultum, denegata filio senatusconsulti exceptione. De pignore dato hoc scriptum est in *d. L. sed si pater*, in princ. Quod multo magis in fideiussorum accessione intelligendum est. Ideo autem fideiussoris aut pignoris datione filius debitum agnoscit, quia hæ accessiones sunt principalis obligationis, & eæ quæ huius ipsius firmandæ caussa adhibeantur. §. *fideiussor. Institut. de fid. L. res hypothecæ. D. de pignor.* §. *item Serviana, Institut. de action.* Ut dicendum sit, eum qui eas adiiciat, hoc ipso testari præcessisse obligationem, & eam quam velit ratam esse. Sed in pignoris datione diligenter notandum est illud, quod supra attigimus, quodque scriptum est in *d. L. sed si pater*, in princ. re a filio pignori data ita videri agnosci debitum, & senatusconsultum cessare, ut cesset dumtaxat usque ad [2] quantitatem pignoris.

VII. Cur ergo hoc in pignoris datione respondetur potius, quam in partis debiti solutione; qua interveniente diximus in totum cessare senatusconsultum? Nam cum in utraque specie pariter non præstetur totum, quod debetur: qui fit, ut partis solutio potius putetur arguere agnitionem & comprobationem totius debiti, quam pignoris datio? Quia solventis partem, & pignus dantis verba hanc differentiam postulant. Observemus enim eum qui partem solvit, hoc adiicere, se solvere partem debiti, seu eius quod debet. Quibus verbis aperte non illam tantum partem a se debitam esse agnoscit, quam solvit: sed & illud debitum, de quo agitur, cuius partem se nunc solvere profitetur: & quidem totum. Quia natura pars nisi totius, cuius pars sit, intelligi non potest. At qui dicit se pignus dare, dicit simpliciter se dare pro debito, seu pro

1) Renunciari enim SCto nequit: *vid. supra C. 25. N. 3.* Sed an iuramentum si accesserit, excluditur SCti exceptio. Variæ sunt sententiæ, vid. Vasq. *Lib. 3. de success. creat.* §. 28. *n.* 44. *&* *n.* 50. *& seqq.* Covar. *in C. quamvis de pact. in 6. P. 2. Relect.* §. 3. *n.* 6. Fachin. 2. *Contr.* 62. Setser. *Lib. 1. de iuram. C.* 13. *n.* 10. *& seqq.*

2) Fideiussor autem ut in solidum tenetur, nisi in partem acceptus, ita & eum dando solidum agnovisse censetur. Zanger. *de Except. P. 3. C.* 10. *n.* 17.

pro eo quod debetur, ut est significatio pignoris, tradita in §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Non adiicit pro debito toto, aut pro debito ex parte. Sic fit, ut ex his verbis dubium relinquat, utrum det pro toto debito, an pro parte tantum, & pro qua parte. Nec quominus alterum sumere liceat, verba refragantur. Nam & pro parte aliqua debita datum, semper verum erit pro debito datum esse. Restat in hac obscuritate, ut quæratur, utrum potius sit sequendum. Et regula iuris facit, ut oratio accipienda sit pro debitore, ac minimum deberi intelligatur. *L. semper in stipulationibus*. *L. semper in obscuris*, *D. de reg. iur.* Hoc autem minimum in hac datione, ut debitum agnosci intelligatur usque ad id quod datum esse apparet, non amplius.

VIII. In eamdem rem se obligando filius debitum aperte agnoscit, si novationis caussa eamdem pecuniam promittit creditori. Quæ species refertur in *d. L.* 2. *C. hoc tit.* Agnitionis huius argumentum certum in eo, quod non novatur, nisi obligatio præcedens, quam filius agnoscat *L.* 1. *D. de novat.* Quod autem inde debetur, id se velle utiliter deberi, eo satis probat, quod in eam rem se stipulatione obstringit; ex qua iure civili actionem esse constat. Sed quod de pecunia novationis caussa promissa dicitur, idem intelligendum est, & si filius sine ulla novatione, aut stipulatione, solo pacto constituat se eam pecuniam quam mutuam acceperat, creditori soluturum. Nam & constitutum non est nisi eius, quod quis agnoscit ante debitum fuisse, & de pecunia constituta iure prætorio actio est non minus, quam ex stipulatione iure civili. *L.* 1. in pr. *§. pen. §. ult. D. de pec. const. §. de constituta. Inst. de act.*

IX. Sed hac obligatione nova ita tenetur filius, nisi per ignorantiam facti eam pecuniam promiserit, cum scilicet in facto errans putaret se ab initio debuisse, quam non debebat. Tunc enim & si propter promissionem subtilitate iuris tenetur: tamen quia aliter obligatus est, quam conveniebat, conventus doli mali, aut in factum exceptione defendetur. Quæ exceptio est *L. ult. D. hoc tit.* pertinetque exceptio ad definitionem generalem de iis qui cum aliter eos obligari oporteret, aliter dolo adversarii, aut errore suo obligati sunt: quæ exstat in *L. si quis cum aliter*. 36. *D. de verb. obl.* Per ignorantiam facti in proposita specie eamdem pecuniam filius paterfamilias factus promisisse intelligendus est, quod quidem ei prosit, non si dicat se putasse pecuniam sibi datam, quæ data non erat: quoniam huius rei ignorationem in facto suo prætendere non potest. *L. quanquam. D. ad sen Vell.* Sed si dicat putasse se esse patremfamilias, cum pecuniam accipiebat, cum vere esset filiusfamilias, nec teneretur ex senatusconsulto. Id autem potest accidere hoc modo. Finge patrem peregre profectum, cuius in potestate erat filius. Nuntiari post constanter nec incertis nunciis, hunc esse mortuum, cum non esset; puta occisum ab hostibus, aut obsidione urbis in qua erat interceptum ibi periisse. Filium in hoc errore tanquam iam sui iuris morte patris factum accepisse pecuniam. Si proponas patrem postea in eo itinere mortuum, ac tum filium qui iam vere sui iuris erat, eamdem pecuniam expromisisse; palam est id eum fecisse, quod per iustam ignorationem mortis patris putaret se ab initio fuisse patremfamilias, eoque & 3 debuisse pecuniam acceptam, quam ex senatusconsulto non debuerat, cum accepisset filiusfamilias. Qua ex re & ei exceptionem propositam esse dicimus.

X. Quid si per errorem iuris filius paterfamilias factus promiserit? Ut puta: emancipatus cum esset a patre non rite, atque ita vere filiusfamilias maneret, pecuniam mutuam accepit eo tempore. Deinde mortuo patre eamdem pecuniam expromisit, quod putaret videlicet se ab initio vere 4 debuisse tanquam rite emancipatum. Qui error illi ex imperitia iuris nascitur. Etiamne huic convento exceptionem eamdem dabimus? nam de eo tantum, qui per ignorantiam facti expromisit, loquitur Pomponius in *d. L. ult. D. hoc tit.* Accursius ibidem & in eo qui per errorem iuris promisit, idem admittit. Quod & verum puto. Certi enim iuris est, errorem iuris in damnis amittendæ rei suæ nulli nocere. *L. error*, *D. de iur. & fac. ignor.* Tale autem damnum est, de quo hic agitur, Nam cum filius

3) Exemplum hoc disconvenit. Quia in hac specie semper ab initio firmiter obligatus filiusfamilias ob iustam ignorantiam creditoris, vid. *supra* C. 26. Nec itaque quæstioni de agnitione locus. Certe vix casum dari posse puto, quo ignorantia status ipsi filiofamilias probabilis & iusta, creditori iusta non sit, & per consequens SC. deficiat. Ideoque ignorantiam facti in *d. L. ult.* non ad potestatem patriam refero, sed ita accipio, si errore ductus putaverit se ex alia caussa, illo tempore quo non habebatur tantum, sed & erat sui iuris, accepisse & obligatum teneri.

4) Dissent. noster, & rectius, *Lib.* 1. *Comm. C.* 21. *N.* 19. vid. sup. *Lib.* 1. *C.* 18. *& seqq. coniunct. N.* 3.

filius nondum pecuniam solverit, non eam repetit tanquam amissam; sed cum habeat, petitur ab eo, ut solvat, idest ut solvendo amittat, in quod damnum ne incidat, laborat.

XI. Et hactenus agnitio filii est. Sed cum dicamus post hanc agnitionem cessare senatusconsultum Macedonianum, & denegari senatusconsulti exceptionem. *L. 2. C. eod. L. sed si pater, D. eod.* Quando generaliter hoc dicitur: diligenter monendi sumus, non sic esse accipiendum, quasi cesset adversus omnes, seu quasi denegetur senatusconsulti exceptio omnibus, quibus ante eam agnitionem competere cœperat. Denique longe dissimilem esse effectum huius agnitionis filii ad confirmandam mutui obligationem, ab effectu agnitionis patris, qui mutuum filio datum postea agnoscens ratum habuit. In quo tamen rursum facile fuit falli vel propter agnitionis similitudinem. Sic ergo habendum est. Pater mutuum filio datum ratum habendo, atque ita agnoscendo, confirmat mutuum in omnes, adversus quos iure civili actio esse potuisset, si non impediret senatusconsultum: ut iam non teneatur ipse tantum pater, qui mutuum comprobavit; sed etiam filius, qui prius exceptionem habuit, & præterea eius obligationis accessiones omnes, ut fideiussores, & mandatores. Nusquam hoc diserte traditum legimus. Sed satis intelligitur ex eo, quod constitutum est iure de ratihabitione patris in hoc genere. Ius ita est, ratihabitionem hanc retrotrahi, & mandato comparari. *L. ult. C. hoc tit.* Atqui si patris mandatu & voluntate initio mutuum datum sit filiofamilias, constat in totum cessare senatusconsultum, & in totum consistere eius mutui obligationem. *L. item, §. interdum,* illic, *quanquam D. eod.* Quare & in ratihabitione patris idem ius a veteribus superiore illa definitione admissum est. Dissimilis est agnitio filii. Hic sui iuris constitutus mutuum agnoscendo facit quidem, ut cesset senatusconsultum: sed adversus se dumtaxat. Cæteris eius agnitio non nocet, ut patri, & fideiussoribus. Constat his iam ab initio quæsitam esse exceptionem senatusconsulti, cum filiofamilias mutua pecunia data est, ignorante patre. Hanc exceptionem nullo consensu aut facto suo adimere potuit filius patri, *L. filius. C. de pact.* debitor fideiussori. *L. ult. D. de pact.* Et generaliter nemo alterius conditionem potest facere deteriorem. *L. solvendo. D. de pact.*

XII. Quo loco merito quæretur, cur potius agnitio patris noceat aliis eiusdem pecuniæ filiofamilias creditæ reis, quam agnitio filii: cum pariter in utriusque agnitione insit comprobatio mutui, & velut ratihabitio quædam: traditum sit autem ratihabitionem mandato comparari ex æquo in caussis omnibus. *L. ult. C. eod.* Sed differentiæ ratio non est admodum obscura. Nam ut mutuum filiofamilias datum consistat in omnes ex senatusconsulto, duorum consensu opus est, filii & patris. Et hic consensus intervenit, cum pater mutuum filio datum postea ratum habet. Prius enim filius mutuum accepit consensu. Accedit deinde consensus patris, cum is ratum habet: & hic quidem ita, quasi ab initio mutui intervenisset. Quo fit, ut rebus ad hanc obligationem necessariis post agnitionem patris concurrentibus, iure in totum mutui obligatio consistat. Nec metuemus, ne hoc casu exceptio senatusconsulti filio aut eius fideiussoribus quæsita videatur his adimi agnitione patris. Nam huius ratihabitio retrotracta ad initium mutui facit, ut nec videatur his ab initio exceptio quæsita. Non enim quæsita esset, si ab initio res gesta esset voluntate patris, ut ante dixi. Hoc contra fit, cum filius sui iuris factus agnoscit debitum solus. Apparet enim patrem nec consensisse antea unquam, nec nunc consentire. Quæ res facit, ut non latius consistat mutuum, quam ut agnoscenti noceat, cæteris non noceat, qui non consenserunt. Neque hoc alia re magis confirmatur, quam ea definitione qua traditur, ratihabitionem mandato comparari. Ut enim concederemus agnitionem filii esse ratihabitionem, & cum initio mutuum accipit, videri eius mandatu fieri: tamen hoc ipso efficeretur, mutuum adversus patrem non confirmari: quia nec voluntate & mandato filii initio interveniente ita constitueretur mutuum, ut pater ignorans teneretur.

XIII. Sed quæcumque ista vis est agnitionis filii saltem adversus filium, animadverti oportet, hanc statui nominatim in eo filio, qui sui iuris constitutus debitum agnovit. *d. L. 2. C. eod.* Quid ergo, si filius cum adhuc esset in potestate idem fecerit? Apparet hoc dici inutilem esse agnitionem. Et vero id verbis & sententia senatusconsulti non obscure efficitur. Verbis; quia filius debitum agnoscendo, novum quodammodo mutuum contrahit, ut diximus, hoc autem cum filiofamilias contrahi vetant senatusconsulti verba. Sententia senatusconsulti, quia etsi reipsa hic mutua pecunia non dari intelligeretur a-

gno-

gnoscenti: tamen saltem confirmaretur mutuum cum filiofamilias, quod senatus valere non vult. Ita agnitio esset in fraudem senatusconsulti. *L. contra*, *L. fraus*, *D. de leg.* Utrumvis autem horum fiat, pariter iure improbatur. *L. non dubium*, *C. de legib.* Quid, si filius ultro solverit? Ipse quidem non repetet, ut qui naturaliter fuerit obligatus. *d. L. sed si pater*, §. pen. & ult. *L. quia*, *seq. D. hoc tit.* Sed an poterit pater repetere, vel ut vindicet nummos exstantes a filio solutos, vel ut condicat consumptos?

XIV. De quo paulo obscurius scriptum est a veteribus. Sic autem res explicanda est. Certa sunt genera eorum peculiorum, quæ in totum acquisitionem patris effugiunt. Cuius generis sunt castrense, quasi castrense, & interdum adventicium: illis casibus videlicet, quibus placet eius peculii nec usumfructum acquiri patri. De quibus dictum est suo loco. Hæc ut pleno iure sunt filiifamilias, ita & liberam eorum administrationem habet. *L. 1. §. nec castrense*, *D. de coll. L. 2. L. 3. C. de castr. pecul. Lib. 12. §. 1. Inst. quib. non est perm. fac. test.* Quæ res facit, ut nummis ex hoc genere peculiorum a filiofamilias solutis, quia in hos nihil iuris habet, nulla etiam sit illi eo nomine aut vindicatio tanquam de re sua, aut tanquam de re a se profecta conditio. In eadem caussa est pecunia filio donata in hoc, ut eam solveret creditori: tanquam quæ magis profecta sit a donatore, quam a patre aut a filio. *d. L. sed si pater*, §. 1. *hoc tit.* Reliqua pecunia filiifamilias tam profecticia quam adventicia omnis est patris. De profecticia constat. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Adventiciorum quidem ususfructus tantum datus patri novo iure. *Ibidem*. Sed & hac re maxime efficitur, solum patrem pecuniæ peculiaris quanvis obvenerit aliunde, esse dominum. Sic enim est ususfructus pecuniæ numeratæ, & cæterarum rerum, quæ usu consumuntur, ut propter usumfructum earum proprietas transferatur in fructuarium, ut diximus suo loco, & est in *L. si vini*, *D. de us. ear. rer. quæ usu consum.* Proinde quidquid iuris est domino ad rem suam a possessore repetendam, id ipsum & ad nummos huius generis repetendos tribuemus patri. Si quid aliorum dominorum non est, id nec patris esse intelligemus. Hac de caussa quod aliorum omnium dominorum commune est, pater idemque dominus nummos a filiofamilias solutos exstantes vindicabit. *L. 3. in fin. pr. D. hoc tit. L. in rem. D. de rei vind. L. actionum*, *D. de oblig. & act.* Consumptos etiam condicet, si condicat tanquam furtivos puta ab eo creditore qui sciverit nummos esse patris. In quam rem est condictio furtiva. §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex del.* Quod si creditor bona fide nummos acceperit, tanquam qui essent peculii castrensis, aut quasi castrensis aut donati filio ea lege, ut sibi solverentur: nihil hic cum patre gestum est, unde illi nascatur eorum nummorum alia condictio. Nam alia si qua hic esse potest, una est condictio indebiti tanquam de nummis, qui indebiti soluti sint a filio. At hi naturaliter debiti fuerunt. De condictione furtiva, quæ ex omni eventu, id est nummis etiam exstantibus competit, cum loquerentur Iulianus & Ulpianus in *d. L. sed si pater*, §. 1. merito hanc etiam de consumptis patri competere dixerunt. De posteriore, id est de condictione indebiti cum sentiret Marcellus in *L. si filiusfamilias*, *D. si cert. pet.* recte hanc quoque patri in hac re competere negavit: ubi de hac distinctione dixi pluribus.

XV. Ergo ex persona filii, quatenus tanquam filiusfamilias pecuniam accepit, vere dixerimus unam esse hanc caussam, cur cesset senatusconsultum, & quidem adversus ipsum filium dumtaxat, si is paterfamilias factus debitum agnoverit. Dubitari tamen potest hoc loco, si numeratio filiofamilias sit utilis, idque aperte constet, num satis sit caussæ ex persona eius, cur ei denegari debeat senatusconsulti exceptio. Quid enim, si acceptam pecuniam creditoribus suis solvit? quid, si nummi adhuc extent in peculio filii? Sed iam de unoquoque horum dixi suis locis, prout rei occasio postulare videbatur, quod hic semel in universum dicendum est: placere nullam harum aut similium caussarum efficere, ut creditori detur actio. Hinc intelligi superiore caussa una excepta ex persona filii, in totum ex persona eius cessare senatusconsultum. Quibus omnibus caussis exceptionum superiorum cognitis, si paucis sententiam senatusconsulti complecti volemus, summa hæc erit; si creditor sciverit, aut scire potuerit filiumfamilias esse eum, cui pecuniam credidit, quatenus nihil eius voluntate patris gestum aut in rem eius versum erit, creditori eo nomine neque in filiumfamilias, neque in patrem actionem dari. In filium sui iuris factum actionem esse posse, ac re vera fore, si tum cum iam sui iuris esset, debitum agnoverit.

CAP.

C A P. XXIX.

De intercessionibus fœminarum; seu de senatusconsulto Velleiano. Ac primum quid vetet senatusconsultum de hoc genere: Et quæ interdicendi caussa. Quæ sint officia virilia & civilia, a quibus fœminæ remotæ esse dicuntur. Quid intercedere pro alio, & quam varie hoc modo intercedatur. Tum de uxoris contractibus cum marito, aut pro marito initis.

Quod Macedonianum S. C. filiisfamilias; Hoc idem mulieribus Velleianum. I.
Tria Velleiani, uti & Macedoniani summa Capita. II.
- 1. *Vetitum, ne mulieres intercedant. Prohibitionis ratio explicatur*. III.

Intercedere quid sit: duplex intercessionis modus, & qui. Uterque S. C. continetur; & quomodo. IV.
Res suas obligat mulier nuda conventione dumtaxat; pro alio seipsam tribus modis. V.
- 1. *Novatione. Quid hæc*. VI.
- 2. *Alienæ obligationi accedendo. Quatuor istius obligationis modi singuli obiter explicati*. VII.
- 3. *Cum sola se ream constituit pro alio, quem obligari oportebat. Hæc obligatio quomodo ad intercessionem pertineat*. VIII.
- *Ulpianus in* L. 2. D. ad Sen. C. Velleian. §. omnis *illustratur*. IX.
- *Methodus, & propositum Auctoris. In omni intercessione duo inesse*. X.
- 1. *Rerum suarum, aut personæ mulieris obligationem*. XI.
- *Ideo nec solutionem mulieris pro alio; nec aliud, quod vicem solutionis teneat; nec pignoris remissionem a muliere factam Velleiano prohiberi; & quare*. XII. XIII. XIV.
- 2. *Mulieris obligationem pro alio*. XV.
- *Nec itaque S. C. invari, cum specietenus alienam, sed suam revera suscipit obligationem. Tria id genus explicantur exempla*. XVI.
- *Contra omnino, si mulier vel cum fraude S. C. suam, sed revera suscepit alienam; & quomodo*. XVII.

Nihil interesse, si etiam pro patre, filio, aut marito intercesserit. XVIII.
- *Quid novi a Iustiniano in intercessione mulieris pro marito constitutum*. XIX.

De authenticæ si qua mulier, Cod. ad S. C. Velleian. *interpretatione*. XX.

I. QUod filiisfamilias datum est in pecunia credita, hoc mulieribus datum est in intercessionibus, ne & hæ eo nomine teneantur. Prius effectum senatusconsulto Macedoniano, posterius [1] Velleiano, de quo sequitur, ut dicamus. Sic enim & huius sententia cognita, efficiet, ut qualis sit mulierum obligatio, intelligatur. Exstat senatusconsultum in *Lib. secundo D. ad senatuscon. Velleian.*

II. Habet autem eius sententia easdem illas partes tres, quas superius Macedonianum. Nam primum vetat ne mulieres intercedant. Secundo loco, si contra factum sit, auxilium tribuit adversus intercessionem. Postremo intellectum est ex sententia, ne huic quidem auxilio semper locum esse in intercessionibus mulierum. Ut huius senatusconsulti tractatio & cognitio contineatur iisdem illis capitibus; prohibitione intercessionis; auxilio senatusconsulti adversus intercessionem; & huius auxilii exceptionibus. De quibus dicemus ordine.

III.

1) Cui a Velleio consule nomen est, per *d. L.* 2. §. 1. ubi male Catellian. Cotta *in Memoral. v. Annona* ad voculam *Consules*, adiicit vocem *ad* vel *apud*, quasi Silanus & Velleius non Cons. fuerint, sed ad Consules hanc rem proposuerint. Nec etiam sat caussæ, cur Hotom. 1. *Observ.* 14. Briss. *Lib.* 2. *Formul.* ibidem eiecta voce *consuluerunt*, subrogent vocem *censuerunt*. Est enim vero *consulere* mediæ significationis. Ac licet qui proponebant factum, de quo ius constitui deberet, consulere dicebantur, nec minus tamen & qui censebant.

Virgil.

Consulite in medium, & rebus succurrite fessis,

Quin notationi vocis convenit magis v. *consulere* quam *censere*.

III. Primum ergo senatusconsultum Velleianum vetat, ne [2] mulieres pro aliis intercedant. *d. L. 2. D. eod.* Unde factum, ut veteribus hoc senatusconsultum dicatur senatusconsultum de intercessionibus, seu senatusconsultum de intercessionibus fœminarum. Quod simpliciter ita dicunt, dum notari volunt Velleianum: quia scilicet eo senatusconsulto cautum est de intercessionibus mulierum. Sic est circumlocutio huius senatusconsulti in *L. qui exceptionem, D. de cond. ind. L. 2. L. quamvis, L. si adversarius, C. ad Vell.* Prohibendi ratio expressa senatusconsulto his verbis: *cum fœminas virilibus officiis fungi, & eius generis obligationibus obstringi non sit æquum.* Sed cur non æquum? Æquitatis ratio ex conditione sexus; quia eius sexus magna infirmitas est, & facilitas, quibus fit, ut mulieres opportunæ sint aliorum insidiis, & multis casibus suppositæ & obiectæ: ratio Ulpiani in *ead. L. 2. §. 1. D. eod.* Virilia officia hic dicuntur, quæ in eadem re civilia in *L. 1. D. eod.* Civile & virile officium in usu iuris dicitur a veteribus omnis pertractatio vel publica vel privata rerum ad alios pertinentium: vel omnis opera, quæ in rebus & negotiis alienis cognoscendis, tractandisve ponitur. Cuius generis hæc sunt quinque, iudicem esse, magistratum gerere, pro alio postulare, alterius procurationem in iudicio suscipere, intercedere pro aliis. A quibus omnibus ideo remotas esse fœminas traditur in [3] *L. fœminæ, D. de reg. iur.* sed omnium æquissime ab intercessionibus & interventionibus, ut Paulus explicat in *d. L. 1.* Nam si cætera, inquit, adempta sunt fœminis, cum tamen in his sola opera versetur: multo magis eis adimendum fuit id officium, in quo præter operam & ministerium accedit periculum rei familiaris. Dicuntur autem hæc officia virilia, quia virorum sunt propria, seu quia solis viris conveniunt. Civilia, quia sunt eiusmodi, quæ cives inter se alii aliorum caussa agitare soleant.

Tom. III.

IV. Sed redeo ad prohibitionem. Vetat igitur Velleianum ob supra scriptas caussas, ne mulieres pro aliis intercedant. Intercedere est id, quod aliis verbis senatusconsulto exprimitur, pro aliis se reum facere. Id fit genere ipso dupliciter; aut se ipsum obligando, aut obligando res suas pignori pro alio. Quæ se pro alio obligat, nulla dubitatio est, quin intercedat; pertinetque ad prohibitionem simul & auxilium senatusconsulti. Ea est enim, quæ proprie suscipit alienam obligationem. Quod quæ facit, procul dubio est hanc intercedere. *L. 2. §. ultim. L. quamvis, §. 1. D. eod.* De pignoris datione potuit dubitari: quoniam qui obligat res suas pignori, non se aut personam suam obligat, sed tantum res ipsas, ut si casu eas non possidebit, nullo modo actione hypothecaria teneatur. *L. 2. C. si unus ex plur. her. cred.* Senatusconsultum autem intercedere interpretatur se reum pro alio facere. Quod nihil aliud esse videtur, quam se pro alio debitorem constituere. Sed placuit non minus & eam intercedere videri, quæ pro alio debitore res suas obliget pignori. Idque est quod veteres dixerunt, etiam pignoris dationem intercessionem facere. *L. quamvis,* in princ. *D. eod.* Quod eo pertinet, ut intelligamus non minus & hanc prohiberi senatusconsulto Velleiano, appellatione intercessionis, nec minus in ea iuvari mulierem senatusconsulto. Neque senatusconsulti verba refragantur. Reus enim non debitorem solum significat, sed omnem, cum quo agi potest. *L. 3. D. de iureiur.* Itaque & is, cum quo agi potest in rem reus est. At huic actioni se subiicit, quæ res suas pignori obligat quamvis non obligata. Facit enim, ut dum res pignoratas possidebit, aut dolo fecerit, quominus possideret, semper conveniri possit hypothecaria actione in rem, quæ ex pignoris conventione nascitur. *§. item Serviana, Inst. de act. L. pignoris, D. de pign.* Quare & quæ res suas pignori obligat pro

Z z alio,

2) Omnes *d. L. 2. §. 1.* Ergo & virgines ac incorruptæ (quas signatas vocat Nonius. Gruter. 3. *Suspic.* 9.) Quo pertinet *L. mulieris 13. de Verb. Sign.* Sexum enim, non sexus qualitatem removit Senatus ab intercessionibus, fragilitatem spectans consilii. Quin maior ratio pro virginibus ne virilia negotia tractent. Ideo autem viripotentum mentio, in *d. L. 13.* quia impuberes puellæ ob ætatis imperfectionem removentur, ita Gœdd. in *d. L. 13. princ. n. 4. 5. & 6.* Nec rarum est ut virgo mulier vocetur *L. 14. §. 7. de ad. ed. L. 25. §. 9. de auro & argen. leg. L. 81. §. 1. de leg. 3.*

Sic Virgil. Lib. 11. Æneid.

Advenit qui vestra dies muliebribus *armis*
(Camillæ virginis intelligit)
Verba redargueret . . . .

Quin &, quod magis mirum, nuptam vel corruptam, virginem vocari legimus. Locos proferunt Gœd *d. loc. n. 6.* Valent. Guil. Forst. 1. *Obs. succis. c. 15.* Quibus adde Augustin. C. *si virgo 3. Cap. 34. Q. 1.* & Terent. *in Eunuch. Act. 4. Scen. 3. & Act. 5. Sc. 1.* utrobique de Pamphila: *Virgo lacrymat.* & *Act. 5. Sc. 2.* bis idipsum *Virgo*. Adeat, cui lubet, Connan. 7. *Comm. 6. n. 5.* Brechæ. & Forner. *ad d. L. 13. de Verb. Sign.* Forcat. *Dial. 21. n. 4.* Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 16.

3) Ubi tamen voculam *intervenire*, non ad intercessionem hoc SC. vetitam, ut Rævar. *ibid.* sed ad defensionem quæ fit in iudicio, sine mandato, refert P. Fab. *in d. L. 2.* Quo faciunt seqq. *nec procuratores existere*, quod intelligendum in iudicio, non extra iudicium. *L. 3. de neg. gest.* Maius autem hic damni periculum, quam in cognitoria vel procuratoria opera, ubi nudum ministerium impenditur. Hortens. *ad L. 1. h. t.*

alio, ea se pro alio ream facit, & quia facit etiam interprete senatusconsulto, intercedere intelligitur. Sed etsi ream debitricem intelligeremus, seu eam quæ aliquid præstare deberet: tamen & reæ verbum ei quæ pignus dedisset recte conveniret. Non obligat se recta, quæ pignus dedit. At se obligat per consequentiam, ut tantumdem præstet. Rebus enim pignori datis aut cogetur eas amittere, aut pignus luere, idest pecuniam solvere creditori, pignoris liberandi caussa. Ex quo illi eadem necessitas est præstationis. Quocirca & hac ratione, quæ pignus dat pro alio, ut se ream facit, ita & intercedit. Quia tamen non continuo id intelligitur, sed ratione effectum est a veteribus, ideo recte dictum est in *L.* 4. *C. eod.* senatusconsultum Velleianum admissum esse in obligationibus rerum earum, intellige mulierum, de quibus eo rescripto agebatur. Admitti dicitur, quod post nonnullas dubitationes tandem pluribus sententiis vincentibus, obtinet.

V. Obligat mulier res suas uno modo, quo eodem & pignus omne contrahitur, nempe conventione nuda, etsi res tradita non sit. *L.* 1. *D. de pign. act.* Se autem obligat pro alio tribus 4 modis, qui indicantur in *L.* 4. *C. hoc tit.* aut alienam obligationem in se transferendo; aut alienam participando; aut cum alius obligari deberet, solam se ream pro eo constituendo: quæ totidem species sunt, in quibus intercessionem inesse, eoque & rem ad senatusconsulti auxilium pertinere intelligimus.

VI. Alienam obligationem in se transfert, quæ novationis caussa id promittit, quod prior debitor debuit. Quo facto & ille liberatur, & nova obligatio confertur in solam mulierem. Est enim novatio, prioris obligationis in aliam transfusio. *L.* 1. *D. de novat.*

VII. Participat alienam obligationem, quæ vetere debitore manente obligato, se eius obligationi ream adiungit: vel, cum eamdem obligationem una in se suscipit, quo verbo utitur *L.* 1. *C. eod.* Id autem fit quatuor modis: fideiubendo, mandando, constituendo, defensionem debitoris suscipiendo. Qui fideiubet pro alio, is obligatur iure civili, eaque obligatio non tollit principalem obligationem, sed ei accedit. *Inst. de fideius.* in princ. & *§. fideiussores.* Mandando se pro alio obligat mulier, cum mandat alicui, ut pecuniam credat debitori futuro, vel ut cum eo aliquid gerat, quo is obligetur; ubi & debitor obligatur creditori, & mulier eidem creditori mandati: ut sunt exempla in *L.* 2. vers. *aliena*, *L.* 6. *§. si tibi*, *D. mand.* Constituendo pro alio se soluturam mulier similiter se obligat iure prætorio, eaque etiam principalis obligationis accessio est. *§. de constituta Inst. de act.* Ideo & tres hæ species accessoriarum obligationum inter se comparantur in *L. ult. C. de const. pec.* Defensionem pro alio suscipiendo mulier aperte alienam obligationem in se suscipit, cum & iudicatum solvi satisdatione se obstringat. *L. qui proprio*, *§. qui alium*, *D. de proc.* & sine satisdatione obligetur iudicati, quia iudicato contrahitur. *L.* 3. *§. idem scribit*, *D. de pecul.* Ideo & hanc proculdubio intercedere traditur in *L.* 2. *§. ult. D. hoc tit.*

VIII. Cum alius obligari deberet, mulier sola se ream constituit; veluti, cum creditor alicui petenti pecuniam, cui non satis fidit, adhibet mulierem, cui credat, ut sic deinde pecunia ad illum perveniat. Ubi apparet mulierem solam re obligari: illum alterum, qui nihil accepit a creditore, non obligari. Placet nihilominus hic mulierem intercedere, & locum esse 5 senatusconsulto. *L.* 4. *L. si adversarius*, *C. eod.*

4) Duaren. *h. t. C.* 2. Belle Cuiac. 4. *ad African. in L.* 19 *h. t.* Intercedere est recipere alienam obligationem, veterem aut novam. *L.* 8. §. 1. *d. L.* 6. *C. h.* Veterem, participando, si fideiubeat, mandet, constituat, pignori det: aut eam in se transferendo. *L.* 4. *C. h.* si expromittat ubi fit novatio, si defendat, nam & hoc casu quasi novatio fit *L.* 2. *C. de pact.* Novam, id est quam alius subiturus erat, si cum alius mutuum accepturus, interposita sit mulier, quæ acciperet. Hinc Senatus notat duas species intercessionis: Fideiussiones & Mutui dationes, *d. L.* 2. §. 5. Ubi non est quod Hot. 1. *Obs.* 15. *in f.* & 4. *Obs.* 15. & *in Epitomat. D. h. t. n.* 9. exsibilatis vocibus *mutui dationes*, substituat *mutuationes*, quia, inquit, non credendo, sed accipiendo pro alio, sive ut vulgo, non activa, sed passiva obligatione mulier intercedit. Mutuario est debitoris, mutui datio creditoris. Hinc *mutuandi* verbum in *L.* 19. *pr.* & §. *ult. L.* 19. §. *ult. h. t.* §. Sed bene est si & mutui datio ad debitorem referri potest, uti refertur in *L. civitas* 27. *de reb. cred.* Quin etsi non posset, salva vulgaris lectio. Nec enim Senatus vocat mutui dationes fœminarum, sed *quibus intercesserint fœminæ.* Intercedit autem fœmina dationi creditoris, non acceptioni debitoris futuri, cui postea eam dat pecuniam. Concinnior itaque recepta lectio correcta. Sed nec probabilius, Hortens. *in d. L.* 2. interiectis & transpositis vocibus legit, *quibus aliis mediis*, pro *aliis* &c.

5 Quod non contra sententiam tantum SCti, cui sic fraus fieret, ut Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 986. Sed imo contra verba, vid. *N. praced.* Sed hoc ita, si revera is pro quo se ream constituit cum illo altero contracturus *d. L.* 8. §. 14. Non si ab alio mutuum accipiat, idque deinde alteri det. Vid. *L.* 4. *L.* 10. *C. h. t.* Non si *iuxta fidem veri*, accipiat, quam convertit in usum mariti *L.* 13. *C. h. t.* ubi Hotom. 6. *Obs.* 2. pro *licet* reponit, *nisi*, aientia negantibus commutans, quia sub specie muliebris nominis intercessio occultari videatur. Male. Verba enim legis de eo qui *iuxta fidem veri* dedit. Ac licet scivent mulierem nummos in rem mariti versuros, non tamen eo fine dedit ut verteret.

C. eod. L. quamvis, *§. pen. D. eod.* Merito. Obligat enim se pro alio, non quidem obligato, sed quem obligari conveniebat, ut ad quem solum rediret eius contractus utilitas, cuius etiam nomine res gerebatur.

IX. His modis se pro alio obligandi cognitis, quas easdem intercessionis verbo contineri dicimus, intelligi iam potest, quid sit, quod Ulpianus scribit in *L. 2. §. ult. D. eod.* omnem omnino obligationem senatusconsulto Velleiano comprehendi, *sive verbis*, *sive re*, *sive alio contractu mulieres intercesserint*. Intercedit verbis mulier per stipulationem, cum novationis caussa obligationem in se transfert. Item cum fideiubet: item cum satisdat indicatum solvi, ut suis locis dicetur. Re intercedit, cum accipit pecuniam pro alio, sciente creditore. Sed & cum iudicium alieno nomine suscipit; ubi iudicati contrahitur obligatio, quam ex re nasci suo loco diximus. Alio contractu intercedit, cum se pro alio obligat solo consensu: quod fit, cum mandat pecuniam alii credi, aut quod alius debet, constituit se soluturam. Nam & mandatum, & constitutæ pecuniæ obligatio solo consensu contrahitur. *L. 1. D. mand. §. de constituta*, *Inst. de act.*

X. Atque hoc intercedere est. Nunc de vi definitionis, quod valeat ad rationem iuris cognoscendam, videamus. Et definitio hoc efficit, ut in quo facto ea concurrunt, quæ superiore definitione complexi sumus, id senatusconsulto improbetur. In quo autem quid eorum deest, non improbetur. Quocirca pertinet ad utriusque partis cognitionem recte statui, quas res exigat superior definitio ad intercessionem. Licet autem animadvertere duas exigere: unam, ut mulier vel se, vel res suas obliget: alteram, ut obliget pro alio. Sit ergo hoc iam constitutum, ubi hæc sunt, locum esse Velleiano propter intercessionem. Si quid eorum desit, sublata intercessione cessare senatusconsultum. Id unaquaque harum partium separatim posita, facilius intelligetur.

XI. Primum igitur exigimus, ut se mulier obliget, aut res suas. Hinc efficitur, quidquid mulier gerat, faciat cum alio, quidquid pro alio impendit de suo, si se aut res suas non obliget, Velleiano non infirmari; quia se aut res suas non obligans non intercedat. Huiusmodi facta genere sunt duo; quæ ob id ut intercessionem non habentia, eoque nec prohibita senatusconsulto, placet ad senatusconsulti auxilium non pertinere; solutio mulieris pro alio, & pignus a muliere remissum debitori.

XII. De solutione mulieris ita placuit: mulier pro alio se obligare prohibetur: pro alio solvere usque adeo non prohibetur, ut si solverit, cum quidem pro debitore prius non esset obligata, nullum sit [6] auxilium senatusconsulti ad repetitionem. Scilicet, quia non intercedit, quæ solvendo se non obligat. *L. 4. D. hoc tit. L. 1. L. 4.* in fin. *C. eod.* Potuit tamen prima ratione videri hoc absurde constitutum a veteribus, & contra mentem senatusconsulti. Esto enim, non intercedat mulier, quæ solvit pro alio, eoque & verbis senatusconsulti non contineatur: attamen erat æquissimum, idque ratio & mens senatusconsulti exigere videbatur, ut cui obligatæ tanquam læsæ succurritur, ei multo magis, cum iam solvit, & pecunia certo ei abest, debeat succurri. Convenit enim ubi maius damnum & periculum intenditur, ibi magis subveniendum esse. *L. 1. §. sed si quis*, *D. de Carb. ed.* Maius autem & certius damnum in solvendo pro alio, quam in se obligando: cum ei quæ solvit, statim pecunia absit: ei autem quæ se tantum obligat, fieri possit, ut nunquam absit pecunia, quia scilicet debitor solvet postea, ut se, & mulierem simul liberet. Et esset ita omnino, ut cui pro alio obligatæ succurritur, dicendum esset ei pro alio solventi multo magis succurri debere: essetque id omnino ex mente senatusconsulti, quia ex ratione. Arg. *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* si quidem prohibendo intercessionem mulierum propositum esset senatusconsulto, ne mulieres damno afficerentur. Fatendum enim esset, quod supra dixi, ubi maius damnum versaretur, ibi multo magis fuisse succurrendum. Nunc autem senatusconsulti consilium est in hac re consulere infirmitati sexus, qua facile induci possunt fœminæ, ut se pro alio obligent. Tolle hanc facilitatem aliquid per infirmitatem faciendi in re aliqua, in qua nec mulier se obliget. Cessabunt & verba & mens senatusconsulti, ne id factum improbetur.

Atqui

6) *L. 8. §. 5. h. t.* Obiicit Goth. *ad d. L. 4. C. h. L. ult. § 2. D. h. t.* Hortens. *ibid.* verba *&* *tradidit*, irreptitia censet, quia, inquit, tradendo tantum pro viro solvisset Quomodo quæso, cum vir nec fuerit obligatus, quippe qui non vendiderit. Nec conditio adiecta eum obligare potuit *L. 83. pr. de V. O.* Vera autem ibi intercessio, quia mulier obligationem in se suscepit vendendo; quæ non perempta est traditione, cum adhuc emptor teneatur de evictione. Id autem actum fuit ut commodum contractus marito quæreretur.

Atqui hæc facilitas metuitur, cum mulier, se pro alio obligat. In solvendo aut donando pro alio non metuitur. Facile mulier se obligabit pro alio, dum tunc nihil præstat de suo; existimans videlicet fore, ut nec præstet postea, persuasa a debitore, qui se diceret paulo post certe soluturum ita, ut nihil inde esset damni aut periculi mulieri metuendum. Ac multæ sunt artes, quibus adducatur mulier, ut credat debitorem esse locupletem, & virum bonum, quique nollet mentiri. At ubi præsens damnum est, ut mulieri iam expedienda sit pecunia in præsentia: hic non est metuendum, ne ea per infirmitatem donet aut dependat de suo. Coniectura ducta ex affectu omnium hominum; quos ita constitutos esse constat, ut nemo facile iactet suum. *L. cum de indebito*, §. 1. *D. de prob.* Augeturque hæc voluntas in 7 mulieribus ex conditione sexus. Quominus enim fœminæ habere se aut posse putant, eo magis cavent, ut quod habent, retineant. Hoc voluit Ulpianus in *d. L.* 4. *D. eod.* cum superiori obiectioni velut occurrens in hac specie, ait senatum *obligatæ mulieri* succurrere voluisse, *non donanti*; *& hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.* Non negat maius damnum esse in donando: sed negat hoc damnum spectandum in senatusconsulto, quia senatus facilitati mulierum succurrere voluerit, non damno. Hanc autem facilitatem subesse ait ad se obligandum, non ad donandum. Quod eiusmodi esset, quia brevius dictum erat, nec satis intelligebatur, quo spectaret, quamve rationem haberet, ideo plenius explicare operæ pretium putavi.

XIII. Solutione mulieris recepta pro alio, consequens fuit, ut reciperetur quidquid mulier liberandi debitoris caussa fecerit, quod solutionis, non obligationis vim haberet: puta, si solverit aliud pro alio; si debitorem suum 8 delegaverit creditori alieno. *L. nec interest* 5. *D. hoc tit.* Aliud pro alio volenti creditori recte solvitur. *L. manifesti*, *C. de solut.* Solvit & creditori is, qui reum delegat. *L. quanvis*, §. *interdum*, *D. hoc tit.* Cum enim delegatus solvit nostro nomine, perinde est, quasi ipsi solvissemus. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. Sed etsi is solvendo non sit, tamen delegato eo nobis abesse pecunia videtur; quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum, ut est in *L. inter*, § *abesse*. *D. mand.* Sed hæc omnia, ut dixi, ita sunt, si pro alio solverit mulier, cum prius obligata non esset, quæ conditio nominatim adiicitur in *d. L.* 1. *C. hoc tit.* Nam, ut hoc explicatur in *L. quanvis*, *C. eod.* si præcedente obligatione, quam senatusconsultum de Intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, eius senatusconsulti beneficio munitam se ignorans; locum habet repetitio. De quo postea in auxilio huius senatusconsulti.

XIV. In eadem caussa cum solutione est pignoris remissio. Quanvis mulier rem suam, aut sibi ab alio oppignoratam alii creditori pro eius debitore pignori dare non possit; tamen pignus a debitore suo acceptum utiliter ei 9 remittit ipsius caussa, quo pecuniam sub eo pignore facilius reperiat; quia scilicet hic nec se, nec res ullas suas obligat, eoque non habet ea res intercessionem *L. quanvis.* in pr. *D. eod.*

XV. Alterum erat quod ad definitionem intercessionis requiri diximus, ut pro alio se mulier obliget. Quod quibus modis, fiat supra a nobis demonstratum est. Sed non ut modi se pro alio obligandi certi sunt: ita & illud semper certum est, pro alio mulierem se obligasse, sive alienam obligationem in se suscepisse. Est enim cum prima facie alienam suscepisse mulier obligationem videatur, revera autem 10 suam susceperit, ac propterea non sit æquum eam Senatusconsulto adiuvari, ut Caius scribit in *L. aliquando*, 13. *D. ad SC. Velleian.* Quæ res exemplis aliquot propositis fiet illustrior.

XVI. Et tria adfert eodem loco Caius. Primum est, si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato, post manumissionem id ipsum suscipiat, quod expromissor debeat. Expromissorem dominus ab ancilla accepit, quia non obligatur servus re in servitute gesta post manumissionem. *L. si furem*, *D. de fideicom. liber.* ne

Ipsi

7) Rarum dicitur *L.* 16. *in fi. Cod. de don. ante nupt.* & contra sexus naturam *L.* 33. §. 1. *de don. in vir.* ut fœminæ donent, cum sint avaræ, de quo vid. Tiraq. *L. Connub.* 9. *n.* 43. *&* 3. *seqq.* Hieron. Panschman. *Lib.* 2. *Q.* 5. *n.* 25.

8) Si delegaverit debitorem suum creditori meo. Quod si delegaverit non debitorem quasi debitor esset, quia obligatur mandati, in eo distinctio est, de qua Cuiac. 4. *ad Afr. in L.* 19. §. *ult. h. t.*

9) Et potest remittere ius hypothecæ, quod in bonis mariti habet dotis nomine *L.* 11. *L.* 21. *C. h. t.* Si tamen dolo ad id inducta, per actionem in factum, quæ doli subsidiaria, restituetur hypothecæ, dabiturque utilis hypothecaria contra eos, in quos res alienatæ. Cuiac. *Cons.* 18.

10) Adde Duar *h. t. C.* 2. *f.* 987. Cuiac. 9. *ad Afric. in L.* 19. *h. t.* Hortens. *ibidem.*

ipsi quidem expromissori in hac specie tenetur, nisi actione subsidiaria de dolo. *L. & eleganter*, §. *servus pactionis*, *D. de dol.* Sed nos proponimus hoc loco libertam sponte fidem agnovisse, & volente domino obligationem expromissoris in se suscepisse. Dicimus non adiuvari eam SC. Velleiano, quasi intercessisset. Suam enim obligationem revera suscepit non alienam: res gesta est in utilitatem ipsius, pro libertate. Secundum exemplum est, si mulier hereditatem emerit, & æs alienum in se transferat, idest, si creditoribus hereditariis promittat se soluturam, non tenetur illis emptor hereditatis: sed venditor, utpote, heres. Sed si mulier eam obligationem in se suscipiat, non intercessit: quia in rem suam se obligavit, negotium suum gessit. Nam venditor idemque heres si ab hereditariis creditoribus conveniretur, haberet ad emptorem hereditatis, idest, ad mulierem regressum. *L. 2. D. de hered. vel act. vend. L. 2. C. eod.* Tertium est, si pro fideiussore suo intercedat: eadem ratio, quia fideiussor habet adversus eam mandati actionem, & quia ipsa principalis debitrix est. Senatusconsulti autem exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem eius intercessit. Ut est in *L. 2. C. ad SC. Velleia.* Quo in loco species alia ad hanc definitionem pertinens proponitur, si videlicet pro creditore suo se alii obliget, dum pro eo fideiubet, aut a creditore suo se vel debitorem suum delegari patitur, ut sic creditor liberetur, ipsa vel debitor eius teneatur: id enim delegationis verbum significat. *L. delegare*, *D. de novat. L. 1.* & *3. C. eod.* Alia exempla (ne diutius in his colligendis atque explicandis immoremur) passim in *hoc tit. ad SC. Velleian.* veluti in *L. si pro aliquo. 19. L. si mulieri*, *15.* & *L. si mulieri*, *22.* in *L. debitrix*, *24.* occurrunt.

XVII. Sed ut in his exemplis mulier prima facie, ut Caius loquitur, alienam, revera autem & in effectu suam obligationem suscipit; sic etiam viceversa accidit, ut suam videatur suscepisse, cum revera susceperit alienam, quo re sæpe Senatusconsulto fraudem fieri videmus. Cum mulier non pro aliquo debitore, vel debitore sese obligat: sed se ab initio ream constituit, nullo modo intercedere videtur, *d. L. 3. C. hoc tit.* Et tamen si quis erat contracturus, seque obligaturus, veluti pecuniam mutuo sumpturus, & a muliere impetrat, ut ipsa mutuum istud contrahat, quo deinde ad ipsum pecunia perveniat, in hac caussa mulierem vere intercessisse, & Senatusconsulto adiuvari placuit. *L. 4. L. si adversarius*, *C. eod. tit.* quod & supra attigimus.

XVIII. Diligenter ergo iudici hoc rimandum est, ac pervidendum, ut in omni contractu mulieris, contractus cuiusque caussam atque initium consideret, tum de intercessione iudicet. *L. si procuratorem*, in princ. *D. mand.* Si intercessisse revera pro alio deprehenditur, nihil refert, pro qua persona intercesserit, ut Senatusconsulto adiuvetur: etiamsi persona sit coniunctissima, veluti, pater, filius, maritus. Intercessione quidem remota, certissimum est, neminem ex alterius contractu obligari, vel pro alio conveniri posse: quantunvis coniunctionem personarum proponas. Quo pertinet Titulus ille Cod. *Lib. 4. Ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore, vel mater pro filio conveniatur.* Item alius: *Ne filius pro patre, vel pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono, vel servus pro domino conveniatur.* Intercessione autem interveniente, unusquisque horum (servus pro nullo habetur) pro alio obligatur ac conveniri potest: excepta muliere, quæ pro [11] nemine intercedens obligatur non pro patre. *L. si paternam*, *C. ad Senatusc. Velleian.* non pro filio, *L. si cum ipse*, *3. C. eod.* non pro [12] marito, de quo passim plurimi extant loci; cum tamen maritus fideiubendo pro uxore, vel alias intercedendo firmiter teneatur. *L. 3.* in fin. *C. Ne uxor pro mar. L. Seia mancipia*, *D. ad S. C. Velleian.* Imo, quod plus est, pro marito multo minus tenetur, quam pro aliquo extraneo. Quo facilius se mulier pro marito, quam pro aliis obligat, eo magis in marito subveniendum ei fuit.

XIX. Quam ad rem insignis est Constitutio novella Iustiniani. *Auth. si qua mulier*, *C. ad Senatusc. Velleian.* in qua duo nova pro muliere constituta sunt, quæ pro marito intercesserat. Primum est, ut ipso

11) Etsi pro servo alieno, de quo probabiliter dubitatum *L. ult.* §. *ultim. h. t.* Sed etsi pro muliere intercesserit. Paul. 2. *Sent.* 11. §. 1. & per verba, *pro ullo L. 1. pr. h. t.* & quia non utraque periclitatur, ut locus sit regulæ: Privilegiatus contra privilegiatum &c. sed sola quæ intercessit. Hortens. *ad L. 1. h. t.*

12) Male autem generatim hæc ratio redditur, quia per intercessionem uxoris tacite & oblique videatur facta donatio. Gomez. *in L. Tauri 61. n. 2.* Sc. Gentil. *Lib. 1. de don. int. vir. C. 20.* Nam nec donat qui intercedit *L. 4. in fi. h. t.* nec idem constitutum est in marito, ne pro uxore se obliget. Esset autem, si hæc vera ratio. Quin & solutio uxoris pro marito rata. *L. 4. C. h. t.* scilicet ratione creditoris, & quatenus obligationem tollit, non vero quatenus uxor rem suam, solvendo cum commodo mariti, imminuit.

ipso iure non teneatur. Cum si pro alio intercedat, teneatur ipso iure, tuta solum & munita Senatusconsulti exceptione. *L.* 2. *L. mulierem* & passim, *D. h. t.* Alterum est, quod intercessio pro marito facta, etiamsi post biennium a muliere semel & sæpius comprobetur, nihilominus tamen placet eam ipso iure non teneri. Secus si pro alio intercessisset: de qua re infra in exceptionibus huius Senatusconsulti. Introductum utrumque, ut dixi, Constitutione Iustiniani.

XX. Vulgo hanc Authenticam sic accipiunt, quasi & ea cautum sit de obligatione principali mulieris iam marito contracta, placeatque mulierem cum marito etiam principaliter contrahentem non obligari. Quod certe verum non est. Obligatur enim mulier marito ex omni contractu, solaque donatio inter eos interdicta est. *L. si sponsus*, *§. circa venditionem*, *D. de donat. inter vir. & uxo. L. ex diverso*, *§ item si mulier*; *D. solut. matrim. L. non tantum*, *D. de re iudic.* Neque hoc ius a Iustiniano in *d. Auth.* est immutatum. Primum etsi ageretur illic de eo, quod geritur inter virum & uxorem: tamen non omnes contractus vetarentur, sed tantum mutuum: quia de mutui instrumento tantum hoc cautum est, non de quovis contractu. Sic enim verba Græca sunt in Novella. *Ut nulli iudic. lic. &c.* 134. *C.* 8. unde est hoc fragmentum, ut Iustinianus improbet obligationem mulieris, si consenserit marito suo ἐν δανειακῷ γραμματείῳ, quod valet in mutui instrumento, ut recte vertit Haloander. Deinde ne mutuum quidem vetaret mulierem accipere a marito, sed permitteret, dum ratum habet quod gestum est, si probetur pecunias versas esse in rem mulieris. Quod si non probetur, iuberet quidem mutuum nullum esse, non tamen ideo, quia non posset mulier obligari marito: sed quia videtur id mutuum dari in fraudem eius iuris, quod prohibet donationem inter virum & uxorem. Quia enim uxor marito donare non poterat, videtur maritus ei dedisse pecuniam mutuam, quam ipsa facile clam statim redderet. Dum autem id ignoretur, nihilominus eam semper deberet: ut cum eam solveret, postea videretur debitam reddere, non donare. Quæ fraus cum metuitur, placet quod geritur non valere. *L. qui testamentum*, in fin. *D. de probat.* Atque hæc ita sunt in verbis: Etsi quis concederet vetari ea Novella, ne mulier obligetur marito suo. Atqui de eo nihil exprimitur, sed ita verba sunt: *Si mulier consenserit marito suo in instrumento mutui, & se aut res suas obliget.* Non addit, etsi se obliget marito, vel alii mariti nomine, vel alii suo nomine principaliter. Utrum ergo hæc omnia contineri simul & prohiberi intelligimus? Imo quæ recta interpretationis lex est, videbimus quid hic congruat prioribus legibus, quid repugnet. Quod congruit, accipiemus: quod repugnat reiiciamus: ut sic posteriores leges ad priores trahantur, quæ ex illis interpretationem accipiant, nisi posteriores aperte sint contrariæ, ut fieri præcipitur in *L. sed & posteriores*, *D. de legib.* Quare cum sciamus prioribus legibus ius ita esse, ut mulieres principaliter contrahendo recte obligentur, cum quocunque contrahant: si pro alio se obligent, aut res suas, non obligentur: etiam posteriorem hanc obligationem duntaxat in hac *Authent.* improbari intelligemus: quanvis uxor pro marito intercedat. Neque ideo supervacanea erit ea constitutio: cum & circa huius intercessionis interdictionem nova quædam nominatim inducta sint, ut ante ostendimus. Hic eleganter quæsitum est, quid si mulier neque se obliget pro marito, neque aperte pro marito intercedat. Sed in eodem instrumento se obliget una cum marito suo, ita ut fiant duo rei promittendi, an mulier ex hac *Authen.* non tenebitur, an vero quia ad verba *Auth.* hæc species non pertinet, tenebitur? Et vera est sententia communis existimantium, mulierem ne hoc quidem casu[13] teneri ex hac *Auth.* sed ratione nova: quoniam sciendum est duos reos debendi vice mutua fideiussores esse, id est, sic accipi, quasi unus alterius fideiussor sit. *L. reos*, in princ. *D. de duob. reis.* Vere enim fideiussores non sunt, cum id nominatim actum non sit, sed ita tamen accipiuntur, quasi essent, inspecto effectu, & executione obligationis, quia solidum a singulis exigi potest. Itaque Africanus respondit in *L. vir uxori*, *§.* fin. *D. ad Senatuscon. Velleia.* Hæc omnia cauta sunt hac lege, sive *Auth.* cum hac exceptione, Nisi manifeste probetur, rem de qua agitur in utilitatem uxoris versam esse. Exigit lex manifestam probationem. Ex quo bene vulgo colligitur, si mulier in instrumento confessa sit, rem versam esse in utilitatem suam, eam confessionem illi non nocere, quia hæc confessio non est manifesta probatio;

13) Io. Vinc. Hondede. *Vol.* 1. *Cons.* 45. *n.* 19. *& seqq.*

batio: nam qua levitate, aut necessitate mulier pro marito intercessit, eadem levitate & necessitate fieri potest, ut fateatur, rem in utilitatem suam versam esse.

C A P. XXX.

Auxilium senatusconsulti Velleiani quo mulieri succurritur adversus intercessionem, positum in exceptione senatusconsulti mulieri adversus actionem prodita. Hæc exceptio quibus præter mulierem competat. Quibus rebus ab exceptione Macedoniani differat. Quibusdam in caussis mulieri intercedenti tributum a Iustiniano, ne omnino teneatur etiam ipso iure.

Auxilium in S. C. Velleiano duplex, mulieri & creditori. I.
Mulieri, ne in eam petitio, neve in eam actio detur; *quæ horum verborum significatio.* II.
Exceptio Velleiani prodest nedum mulieri, sed & eius heredi & fideiussori. III.
Et huic quidem etsi donandi animo fideiusserit. IV.
Hoc quare in Velleiano dumtaxat, non etiam in Macedoniano permissum. V. VI.
Etiam si pro debitore principali fideiusserit, sed mandato mulieris. VII.
Mulier, quæ intercessit, etiamsi iuris ignorantia solverit, repetit solutum. VIII.
Mulieris intercessio non ipso iure tollitur, sed exceptione Velleiani infirmatur ex iure veteri. IX.
Quid novi ex Iure Iustiniano. X.

I. TEnemus intercessionem, id est id quod prohibetur in mulierum contractibus senatusconsulto Velleiano. Sequitur auxilium & beneficium senatusconsulti adversus intercessionem. Sic enim vocatur a veteribus, ut est re vera auxilium in *L.* 2. *L. si sciens, C. eod. L. quamvis*, §. *si convenerit*, in fin. *D. eod.* beneficium in *L. debitrix*, §. 1. *D. eod. L. si adversarius, C. eod.* Id auxilium duplex est. Nam hic & mulieri succurritur, & succurritur creditori.

II. Mulieri intercedenti id tribuitur, quod senatusconsulto expressum est, ne in eam eo nomine petitio, actiove detur, totidem pœnæ verbis, quibus hæc ipsa senatusconsulto Macedoniano denegantur. Ne petitio detur, id est, ne actio in personam adversus mulierem heredemve eius. Nam ut diximus in Macedoniano, petitio in rem actio est; actio in personam. *L. actio, D. de obl. & act. L. pecuniæ*, §. *actionis, D. de verbor. signific.* Hæc autem verba, ne qua actio detur in mulierem ob intercessionem, hanc significationem habent, ut si constet mulierem se obligasse non pro se, sed pro alio, idque extra eos casus, in quibus cessat auxilium senatusconsulti: ne omnino detur actio in mulierem. Quod si ambigetur, utrum obligarit se pro se, an pro alio, aut an interveniant aliquæ exceptiones, de quibus dicetur postea: detur quidem actio in mulierem, sed & mulieri detur senatusconsulti [1] exceptio, qua probata, non teneatur. Sic & verba Macedoniani interpretati sumus ex *L. nam postea, D. de iur.* Hinc ut ex superiore senatusconsulto exceptio Macedoniani: sic ex Velleiano exceptio Velleiani; auxilium huius senatusconsulti proprium, quod quidem tribuatur mulieri adversus intercessionem. Quod genus exceptionis sub *hoc tit. D.* & *C.* passim occurret, ut *L.6. L. si mulieri*, 15. *L. si mulier. seq. L. si pro aliquo, D. L.*2. *L. mulierem. L. si mulier. C. eod.*

III. Hac exceptione ob intercessionem mulieri constituta, sequuntur ea quæ sunt in vi huius exceptionis. Vis duplex. Una, qua fit, ut non modo exceptio mulieri competat; sed transeat ad omnes, ad quos eadem obligatio intercessionis pertinet, heredes puta, & fideiussores mulieris, si quis forte & pro ea ex caussa inter-

1) Vid. supra, *C.* 25. *N.* 2. Sed verius forte dicetur actionem ipso iure nunquam tolli, quia non ea Senatus auctoritas; actionem propter honorem Senatus, manem reddi data exceptione Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 988. & Hortens. *ad L.* 1. *h. tit.* verba Senatusconsulti non ab initio interdicunt, inquit, intercessioni, sed, si facta, monent magistratus ut aditi ea de re voluntatem Senatus servent. Et actionem contra mulierem mero iure tenere Gomez. *in L. Tauri* 61. *n.* 1. *&* 2. *Resol.* 13. *n.* 16. uti & contra filiumfamilias Andr. Clud. *de Condict. C.* 3. *n.* 37. *& seqq.* Cuiac. *ad Afric. in L.* 19. *h. t.* succurri vel exceptionis ope si nondum solverit, vel replicationis, in specie *L.* 17. §. 1. *L. ult.* §. 2. *h. t.* vel condictionis indebiti si solverit *L.* 8. *L.* 24. §. 1. *L.* 31. *h. t.*

terceſſionis fideiuſſerint, ut poſſe conſtat. *L. ſi plures. §. ult. D. de fideiuſ.* De heredibus mulieris minor dubitatio, quia hi in locum & ius omne defunctl ſuccedunt. *L. heres in omne, D. de acq. hered.* Non ſunt in eadem cauſſa fideiuſſores. Sed nihilominus & bis eadem exceptio competit. *L. ſi mulier*, 16. *§.* 1. *D. hoc tit. L. mulierem. C. eod.* Vis hæc eſt propria exceptionum, quæ rei cohærent, non perſonæ. In quo numero eſt exceptio Velleiani. *L. exceptiones quæ D. de exc.* Indicio eſt cauſſa dandi. Non enim datur mulieribus, quia mulieres ſunt: ſed ob hanc rem, quia interceſſerunt.

IV. Illud in hac exceptione fideiuſſoribus danda animadverſione dignum eſt, quod placet hanc fideiuſſori dari etiamſi mandati actionem adverſus mulierem non habeat: quod fit, ſi donandi animo fideiuſſerit. *d. L. ſi mulier*, 16. *§. ult. D. eod.* Ius ideo animadvertendum, quod & verba ſenatuſconſulti refragari videntur, & præcipue obſtare exemplum exceptionis Macedoniani. Verba ſenatuſconſulti hæc ſunt, nominatim *ne petitio ab his, aut actio in eas detur.* Quibus verbis ſatis conſtat conſuli ſolum fœminis, non aliis extra fœminas, niſi ſi eiuſdem iuris ſucceſſores ſint, aut per eos fœminæ conveniantur. At non ſunt in hoc numero fideiuſſores, qui conventi nullum regreſſum habent adverſus mulierem. Quapropter verba ſenatuſconſulti actionem ob interceſſionem denegancia ad iſtos non pertinent. Sed & exceptio Macedoniani, eiuſque ſenatuſconſulti verba in primis hoc ſuadent, atque adeo id efficere videntur. Nam & eo ſenatuſconſulto totidem verbis cautum eſt, ne ei qui filiofamilias pecuniam dediſſet, actio petitiove detur. Unde intellectum eſt, exceptionem conſtitui filiofamilias, itemque eius fideiuſſoribus. Placet tamen hanc fideiuſſoribus competere hac lege, ſi non donandi animo fideiuſſerint. *L. ſed ſi paterfamilias, §. ult. D. de ſenatuſc. Macedon.* Quid igitur cauſſæ dici poteſt, cur & in exceptione Velleiani quæ iiſdem verbis proponitur, non idem recipiamus? Huc accedit harum exceptionum ſimilitudo, ambæ enim rei & cauſſæ cohærent, non perſonæ, & hoc nomine inter ſe comparantur in *d. L. exceptiones, quæ, D. de exc.* Non temere eſt igitur, quod id ius notandum eſſe notavimus, quod tam præter verba ſenatuſconſulti ſuperiora, & exemplum exceptionis Macedoniani conſtitutum eſſe apparet. Ne tamen propterea non recte admiſſum videatur a veteribus, etiam nobis expediendum eſt, & ſuperiora diluenda.

V. Primum igitur de verbis ſenatuſconſulti, fatendum eſt illa verba adverſari, quibus denegatur actio nominatim in fœminas. Et ſi nihil amplius exprimeretur ſenatuſconſulto de interceſſionibus fœminarum, fatendum eſſet etiam, non debuiſſe hanc ſententiam probari a veteribus, non magis quam in ſenatuſconſulto Macedoniano. Sed alia parte ſenatuſconſulti Velleiani apparet non tantum voluiſſe ſenatum conſulere mulieribus, quæ interceſſiſſent; ſed etiam genus ipſum totum interceſſionis improbaſſe, ut continens virile & civile officium, quod ſexui muliebri minime conveniret. Et hoc eſt, quod ſenſit Iulianus, cum ſententiæ illius ſuæ hanc rationem reddidit, quia totam obligationem interceſſionis muliebris ſenatus improbat. *d. L. ſi mulier*, 16. in fin. *D. eod.* Hac ratione poſita ſic recte colligitur. Tota interceſſio fœminarum Velleiano improbatur tanquam factum incivile. Improbatur ergo & in omnibus, ad quos eius interceſſionis obligatio pertinet, tantum ideo, quod mulieres interceſſerunt. Proinde & in fideiuſſoribus, quanvis donandi animo fideiuſſerint.

VI. Quod attinet ad exceptionem Macedoniani, eſt illa quidem hac in re ſimilis, quod & ipſa rei cohæret, ut & Velleiani, qua in re recte comparantur in *d. L. exceptiones quæ de exc.* In eo diſſimilis, quod ſic datur ex mutui cauſſa, quod filiofamilias datum eſt, ut tamen cum de his quæritur, quibus Macedonianum ſenatuſconſultum exceptione proſpectum voluit, detur ſolum filii, & patris cauſſa. Filii, ne eius mores corrumpantur: Patris, ne eius vitæ filius inſidietur; ut redduntur hæ cauſſæ in *§. penult. Inſt. quod cum eo.* Non ſic Velleiani exceptio, quæ non ſolum mulieris intercedentis cauſſa comparata eſt: ſed in univerſum interceſſionis muliebris inhibendæ cauſſa. Siquidem hanc totam tanquam incivile factum ſenatus improbat, ut eſt in *d. L. ſi mulier* 16. in fin. *D. hoc tit.* Quæ res facit, ut extra perſonam mulieris neceſſe ſit exceptionem pervenire ad omnes, qui ex interceſſione tenentur, ne in his ſaltem conſiſtat interceſſio, quam ſenatus per omnia repudiat. Ergo etiam fideiuſſoribus mulieris, quæ interceſſit, exceptio Velleiani competit, & his quidem proprio quodam iure ſine exceptione, ſive conventi regreſſum adverſus mulierem habeant, ſive non habeant.

VII. Amplius placuit, etſi qui fideiuſſores

ſores ſint non mulieris, ſed debitoris ipſius principalis, ſi tamen mandatu mulieris fideiuſſerint, non minus & his competere exceptionem Velleiani. Intercedunt enim pro debitore illi quidem; quod ſine auxilio ſenatuſconſulti facere potuerunt. Sed intercedunt etiam pro muliere, dum eius mandatu interveniant. *L. ſi fideiuſſores*, *6. D. eod.* Hæc tamen in his fideiuſſoribus cautio eſt, ut ita iuventur ſenatuſconſulto, ſi creditor eos mandatu mulieris intercedere ſcivit. Quod ſi ignoravit, decipi non debet: cum eos acceperit non tanquam fideiuſſores aut mandatores mulieris, ſed tanquam fideiuſſores debitoris, pro quo ſi ſimpliciter intercederent, ſecurus eſſet creditor, nec metueret exceptionem: quia ut dixi, extra interceſſionem mulieres ſenatuſconſulto non iuvantur. Ideo placet ſi conventi utantur exceptione ſenatuſconſulti, exceptionem replicatione repellendam. Hoc in *d. L. 6.* in fin. & *L. quanquam*, *ſeq. D. eod.*

VIII. Altera vis exceptionis Velleiani in eo eſt, ut mulier quæ interceſſit, ſi auxilio ſenatuſconſulti ſe munitam ignorans ſolverit, poſſit [2] ſolutum repetere. *L. quanvis*, *C. eod.* Commune hoc omnium exceptionum perpetuarum, ut qui unam aliquam ex his habet, quaſi vere non debeat, ſi ſolverit per errorem, repetat. *L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* de quo dicetur poſtea in indebiti condictione. Illud proprium mulieris in hoc errore, quod maſculi maiores ita repetunt indebitum ſolutum, ſi per errorem facti ſolverint. *L. cum quis*, *C. de iur. & fact. ignor.* Mulier repetitionem habet, etſi in iure errans ſolverit, idque eſt, quod poſſuimus eam repetere poſſe, etſi ignoret ſe auxilio ſenatuſconſulti munitam. Quod fit, non cum ignorat ſe interceſſiſſe pro alio, cuius facti ignorantiam prætendere non poteſt. *L. quanquam*, *D. eod.* Sed cum hoc ſciens, putat ſe iure ex ſua promiſſione obligari, ignorans ſenatuſconſulti auxilium in mulierum interceſſionibus. Hoc ideo, quia iuris error in damnis rei ſuæ mulieribus non nocet. Non dico rei ſuæ amittendæ, ſed & iam amiſſæ. *L. regula*, *D. de iur. & fact. ignor.* Nec metuemus, ne in hac repetitione obſtet mulieri obligatio naturalis, quæ ſoluti ſolet impedire repetitionem. *L. naturalis*, *D. de obligat. & action.* Qui enim exceptionem perpetuam habent, ideo habent, quia nec natura æquum eſt eos teneri. Ideſt quia nec natura obligantur. Præterquam ſi exceptio comparata ſit in odium creditoris; qualis eſt Macedoniani. Quam ob cauſſam & adverſus eam exceptionem ſolutum repeti non placet. *L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* *L. ſed ſi paterſa. §. ult.* & *L. quia*, *ſeq. D. de ſenat. Maced.* De quo eſt dicendi locus in condictione indebiti. Cuius tractatio ſequetur poſtea ſuo ordine.

IX. Sed quemcumque effectum liberationis ſuperioris eſſe placet; meminerimus nihil amplius eſſe in ea liberatione ex iure vetere, quam ut mulieri detur ea exceptio Velleiani, quam dixi. Quæ res declarat, mulierem ex interceſſione etiam poſt ſenatuſconſultum Velleianum teneri ipſo iure: quia non eſt exceptio, niſi adverſus actionem iure conſtitutam. *Inſt. de excep.* in princ. Et hoc quidem ius vetus fuit perpetuum.

X. Iuſtinianus effecit, ut interdum nec teneatur mulier ex hac cauſſa ipſo iure. Quod induxit duabus in cauſſis. Una eſt generalis, ſi mulier aliter quam interpoſito publico inſtrumento interceſſerit: ſive id fecerit ſine ſcripto, ſive interpoſito inſtrumento, ſed privato. *L. antiquæ*, *§. ult. C. eod.* Altera ſpecialis in uxore, quæ pro mutuo quod [3] marito datum eſt, ſe, aut ſua obligavit. In qua ſpecie iuſſit eam interceſſionem plane nullius eſſe momenti, perindeque haberi, quaſi hic neque factum quidquam, neque ſcriptum eſſet: idque ſive privato, ſive publico inſtrumento debitum cautum ſit. *Auth. ſi qua mulier. C. eod.* Quibus verbis nihil aliud cavet, quam mulierem ex hac cauſſa ipſo iure non teneri, nec in eo deſiderare auxilium ſenatuſconſulti, ut idem interpretatur in *d. L. antiquæ.* in fin. *eod.* Et certum eſt futurum fuiſſe in eo, ut nullo iure obligaretur mulier, ſi nihil omnino factum eſſet, quo obligaretur.

CAP.

2) Cum fructibus, de quo Ioan. Copus *Lib. 4. de Fruct. tit. 1. C. 8.*

3) Quia quo facilius ſe obligatura mulier pro marito, eo magis ſubvenitur, Cuiac. *in Nov.* 134. Sc. Gentil. *Lib. 1. de Donat. int. vir. C.* 20. Gœd. *de Contr. ſtipul. C. 7. Concluſ.* 16. & conſ. Marpurg. 24. *n.* 137. *& ſeq. Vol.* 1. Unde & hic renunciationi locum non eſſe DD. qui alias eam admittunt, fatentur Io. Vincent. Hondede. *Vol. 1. Conſ.* 45. *n.* 18. Diſſ. Gœd. *d Concl.* 16. *n.* 298. qui tamen conſentit, *d. Conſ.* 24. *n.* 176. *& ſeq.*

C A P. XXXI.

De actione per intercessionem mulieris creditori, apud quem mulier intercessit, amissa, creditori restituenda. Hanc restitui non senatusconsulto, & ipso iure: sed a prætore in integrum restitutione intra tempus legitimum petita. Hinc restitutoriam & rescissoriam dici. Non semper restitui hanc actionem, & quibus de caussis denegetur. Restituta creditori actione, Quando ea uti liceat; Adversus quos, & Quibus restituatur; Quamdiu competat.

Auxilium in Velleiano creditori in eo est, ut restituatur actio, cuius amissioni mulieris intercessio caussam dederit. I.
An illa a iure, an vero Prætoris auxilio restituatur. Qui huius quæstionis usus. II. III.
Contrariis occurritur. IV.
Actio restitutoria creditori denegatur 1. si mulier solverit. V.
2. Si parata sit pro vetere debitore iudicium accipere. VI.
3. Si creditori alia civilis & ordinaria competat; & quæ talis actio. VII.
Quare creditori non denegetur actio restitutoria, si ille aut mulieri accepto tulerit, aut heres extiterit. VIII. IX.
Statim *creditori restituitur actio volenti.* X.
Adversus omnes qui sunt mulieris intercessione liberati. Quinam isti. XI.
Creditori restituitur, eiusque heredi; non ita duobus stipulandi reis, sed ei apud quem mulier intercessit; & quare. XII.
Restitutoria eamdem temporis durationem habet, quam vetus habuisset, ni fuisset amissa. Illustratur exemplo. XIII.

I. Atque hoc auxilium est, quod senatusconsulto Velleiano mulieri tribuitur adversus intercessionem, & ea vis eius auxilii. Alterum auxilium est, quod per occasionem prioris tribuitur creditori. Id autem tale est. Fit interdum, ut creditor per intercessionem mulieris non amittat actionem adversus debitorem; interdum ut amittat. Non amittit, cum mulier, principali debitore manente obligato, eamdem obligationem in se suscipit; ut cum fideiubet pro eo; cum mandat ei debitori pecuniam credi; cum constituit se pro eo soluturam. Amittit creditor tunc, cum liberato principali debitore mulier obligationem in se transfert, aut eo quem principaliter obligatum esse oportebat, omisso solam se pro eo ream constituit, secundum ea, quæ initio de generibus intercessionum diximus. Priore casu nullum est auxilium creditoris ex caussa intercessionis adversus debitorem, quia nec ullo indiget adversus eum, adversus quem etiam post intercessionem eadem integra est actio. Illic indiget, cum amisit actionem adversus debitorem facto suo, adversus mulierem senatusconsulto. Atque hic auxilium illud constitit, ut quoniam nulla est actio ex intercessione adversus mulierem propter senatusconsultum, sit, saltem adversus debitorem, qui ad senatusconsultum Velleianum non pertinet. Quam ad rem placuit & adversus eum restitui veterem actionem creditori. *L.* 1. in fin. *D. eod.* Nec interest, quomodo creditor propter intercessionem mulieris amiserit actionem: utrumne ipsa intercessione, ut cum novationis caussa mulier obligationem in se transtulit; an vero ante intercessionem; ut cum prius liberavit debitorem acceptilatione, sic deinde mulier intercessit. *L. quamvis.* §. *quoties, D. hoc tit.* Etsi enim hic debitor intercessione liberatus non est; tamen liberatus est propter speratam intercessionem mulieris. Hoc autem satis, propter intercessionem mulieris actionem amissam esse, ut hæc restitui debeat creditori. Hoc enim modo semper verum est, intercessionem mulieris actionis damno caussam dedisse. Restituitur tunc vere adversus debitorem actio, cum fuit aliquis debitor, cuius obligationem mulier in se transtulit. Quid fiet, si se solam ream constituerit eius nomine, qui non fuit obligatus, quem tamen principaliter obligatum esse oportebat? quam speciem intercessionis esse diximus, quæ indicatur in *L.* 4. *C. eod.* Placet nihilominus hic actionem dari in eum, qui pro se constituis-

stituisset mulierem ream. *L.* 1. in fin. *D. eod.* Sed quia non propria dicitur restitui actio adversus eum, adversus quem nulla prius fuit, idcirco recte Ulpianus hoc casu dari ait in eum actionem, quæ instituat magis, quam restituat obligationem. *L. quamvis. §. pen. D. eod.*

II. Sed cum hanc actionem creditori restitui dicimus, hic statim occurrit, quod dubitetur. Sic enim Paulus definit in *L. qui res, §. aream, D. de solut.* sublatam semel obligationem in perpetuum restitui non posse. Quomodo igitur in hac specie iuris eam restitui dicimus? Et res ita habet, ut ipso iure nunquam restituatur, de quo Paulus sensit. Quæ res statim hanc quæstionem hoc loco inducit, quo ergo iure ea restituatur. Et consequens est non restitui hoc senatusconsulto: quo posito, etiam sequitur, ut restituatur a prætore per in integrum restitutionem. Itaque ita scriptum est in *L. si mulier*, 16. in fin. significatur satis in *L. debitrix, §. ult. D. hoc tit.* Sed & hoc intelligitur certius ex iis, quæ huic actioni tribuuntur a veteribus. Nominatur hæc actio restitutoria: nempe quia per restitutionem prætoris competit. *L. quamvis, §. si convenerit*, in fin. *§. si mulieri, §.* pen. *D. eod.* Et quidem ita, ut nec ante eam restitutionem restitutæ actionis tempora numerentur. *d. L. debitrix, §. ult. eod.* Dicitur & [1] rescissoria in *L. si mulier, C. eod.* certo argumento & hanc competere ex restitutione prætoris. Sic enim dicitur, non quia rescindat intercessionem; sed quia rescissa intercessione, restituatur a prætore, ut hoc verbi explicatur in *L. ult.* in fin. *D. eod.* ubi ut intelligamus restitutionem hanc referri ad factum prætoris, non ad ius, dicitur hæc actio rescissa intercessione in dominum, non restitui, sed restituenda esse. Sed & hoc modo dici solent actiones omnes, quæ aliquo facto amissæ, rescissa prius usucapione, aut alia re quæ obstabat, a prætore in integrum restituuntur. *L. necnon, §. ult. D. quib. ex cau. maior.* Ex eadem caussa est, quod hæc actio restitutoria dicitur a veteribus utilis actio, non directa. Quæ tamen esset directa, si iure ipso competeret. *L. quamvis, §. si convenerit, §. si mulieri*, in fin. *D. eod.* Sed & hoc verbum in his, quæ restituuntur, usurpari tantum solet de iis quæ a prætore restituuntur. *L. ult. C. quib. ex cau. mai.* Adde his, quod nunquam datur hæc actio utilis, quandiu creditori adversus debitorem alia actio civilis competit, *d. L. quamvis, §. si convenerit*, in pr. *eod.* Ius plane proprium earum actionum, quæ per in integrum restitutionem impetrantur. *L. in caussæ, 2. D. de minor.*

III. Sed cur laboramus, dicet aliquis, cum sive utili, sive directa actione conveniatur debitor, nihil intersit aut debitoris, aut creditoris? *L. actio, D. de nego. gest. d. L. quamvis. §. si mulieri*, in fin. Multa concurrunt, cur id in primis statui oporteat. Primum ut statim removeatur obiectum illud superius, quod huic restitutioni obstabit. Deinde ut superiorum appellationum, itemque superioris denegationis ratio recte explicetur. Postremo quia in re etiam ipsa, atque effectu iuris multum interest, utrum dicamus actionem senatusconsulto & ipso iure restitui, an vero a prætore. Si actio restituitur ipso iure sine alio facto magistratus, legitima est, eoque & perpetua, ut sunt omnes legitimæ. *Instit.* de *per. & temp. act.* Sin restituitur a prætore, non potest peti hæc restitutio nisi intra quatuor annos, ex quo actio amissa est. Hoc enim tempus præstitutum est a Iustiniano omnibus in integrum restitutionibus petendis. *L. ult. C. de temp. in int. restit.* Atque hoc nunc confirmamus, cum dicimus eam actionem a prætore restitui.

IV. Sed quædam obstant. Primum illud, quod non est in integrum restitutio maioribus, nisi eo edicto, quo nominatim cavetur in iis caussis, ex quibus maiores in integrum restituuntur. Quod proponitur in *L.* 1. *D. ex quib. cau. mai.* & de quo sub eo titulo agitur. Nihil autem eo edicto cautum est de actione restituenda creditori amissa ob intercessionem mulieris. Deinde & illud, quod dicitur in *L. debitrix, §.* 1. *D. hoc tit.* actionem in priorem debitorem statim competere. Si statim, non est alia restitutione prætoris opus, quæ sine intervallo impetrari non potest. De quibus breviter respondeo. Ac primum de edicto, ex quibus caussis maiores in integrum restituuntur; non caveri quidem aperte, & specialiter eo edicto de hac restitutione; sed satis caveri generali illa clausula eius edicti. Item si qua alia mihi iusta caussa esse videbitur, in integrum restituam. Quæ refertur & explicatur in *L. sed etsi, §. ult. D. ex quib. cau. mai.* Nulla enim potest esse caussa iustior ad restitutionem, quam ut sub-

[1] *L.* 16. *in fin. h. t.* vid. Cuiac. 4. *ad Afric. in L.* 19. *h. t.* Quia ab Accursio & veteribus interpretibus vocatur institoria, quos & Græci sequuti, Cuiac. 16. *Observ.* 27. errore ex affinitate vocum orto, Treutler. *Vol.* 1. *Disput.* 25. *Thes.* 6. *lit. D.*

subtracta creditori mulieris persona propter senatusconsultum, integra caussa pristina ei restituatur. Quæ ratio redditur in *L. si mulier*, 14. *D. hoc tit.* Nam primum hic actionem creditor adversus mulierem non sua voluntate, sed necessitate amittit. Quæ omnis necessitas ad illam clausulam pertinet, ut declaratur in *d. L. etsi*, in fin. *ex quib. cau. maior.* Tum autem amittit non quavis necessitate, sed necessitate iuris. Quod actionem quæ una reliqua erat adversus mulierem, creditori adimit: in quo est beneficium Velleiani. Nihil æquius, quam beneficium quodvis ita concedi, ut id fiat sine iniuria cuiusquam. Idque ita iure observatur. *L. nec avus*, *C. de emanc.* Quod autem dicitur in *L. debitrix*, §. 1. hanc actionem competere creditori statim, sic interpretandum est ex *L. aliquando*, §. *ult. D. eod.* Ut competat statim, sed volenti creditori. Et ita est: si statim creditor actionem petere vult, potest, & ei restitutoria dabitur: si non vult, non erit hæc actio ante restitutionem.

V. Non tamen semper datur creditori restitutoria hæc actio. Denegatur illi tribus de caussis. Una est, si mulier quæ intercessit, creditori solverit, ut non posset repetere. *L. quanvis*, §. *si mulier*, *D. eod.* Merito. Nam si solutione tollitur omnis obligatio, *Inst. quib. mod. toll. obligat.* hac solutione obligatio, qua debitor tenebatur, sublata est sine iniuria creditoris, qui suum ita recepit, ut sit mansurum. Neque hoc solum dicimus, cum creditor pecuniam mulieris retinens postulat sibi actionem dari adversus veterem debitorem. Quo quidem casu nulla dubitatio est, quin iure ei denegetur actio, cum bona fides non patiatur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.* Sed hoc amplius volumus intelligi, quæ superioris responsi sententia est, quanvis creditor paratus sit pecuniam restituere mulieri, & ob id postulet sibi restitui actionem adversus debitorem, quasi non bis idem petat: tamen non esse audiendum. Et recte. Semel enim illi satisfactum est sua voluntate. Hoc ille factum mutare non potest. Semel illius voluntate quæsita est liberatio creditori. Hæc illi adimi non potest invito. *L. ult. D. de pact.* Tunc autem mulier sic solvit, ut repetere non possit, cum sciens se auxilio senatusconsulti munitam solvit, ut indicat, *L. quanvis*, *C. eod.* Et definitio est iuris certi; indebitum solutum scientem non repetere. *L. indebitum*, *C. de cond. indeb.*

VI. Altera caussa est denegandæ huius actionis finitima superiori, si mulier quæ intercessit, parata sit iudicium pro vetere debitore accipere, ne in eum actio detur. *L. ult.* §. *penult. D. hoc tit.* Hoc ideo, quia iudicium pro alio suscipere ut eum liberes, liberationis genus est, qua non minus liberatur debitor etiam invitus, quam si quis pro eo solvisset. *L. solutione*, 23. *D. de solution.*

VII. Tertia caussa est, si creditori actio restitutoria non sit necessaria, quia alia civilis & ordinaria ei competat. Quod accidit in hac specie, si creditor liberet debitorem suum per acceptilationem hac lege, ut det expromissorem, deinde is dederit mulierem. Est hic quidem mulier tuta auxilio senatusconsulti propter intercessionem, & creditorem acceptilatione amisisse actionem constat. §. *item per Inst. quib. mod. tol. oblig.* Placet tamen in ea specie non restitui actionem creditori adversus priorem debitorem, hac ratione quia non sit necessaria: & ideo non necessaria, quia condictio adversus eum competat. *d. L. quanvis*, §. *si convenerit*, *D. hoc tit.* Ea condictio est ob caussam. Accepto enim latum est debitori ob caussam, ut expromissorem daret. Hæc caussa secuta non est. Dedit enim mulierem. At hæc effectu non expromisit; quia effectu non obligatur. *d. L. quanvis*, §. *si mulieri*, *D. eod.* Ideo erit ² condictio tanquam ob rem dati, caussa non secuta. *L.* 4. *D. de cond. caus. dat. cau. non sec.*

VIII. De quarta caussa denegandæ actionis restitutoriæ dubitatum est, si forte liberata sit a creditore mulier alio modo, quam solutione. Quid enim, si creditor post intercessionem mulieri accepto tulerit? Videri potest par esse, ut quemadmodum denegaretur creditori restitutoria actio, si mulier ei solvisset, ita & hic denegetur; quoniam acceptilatio est imaginaria solutio. §. *item per. Inst. quib. mod. tol. oblig.* Sed placet hoc casu nihilominus restitutoriam actionem ei dari debere, ut est in *d. L. quanvis*, §. *si convenerit*, in fin. *hoc. tit.* addita hac ratione, quia inanem obligationem creditor dimiserit, Quod additum est, ut occurreretur

2) Vid. Hortens. *ad d.* §. 8. ubi quasi movet cur non in specie hac detur actio directa ad id ut fidem contractus, qualis ibi videtur, impleat, qui promisit expromissorem dare. Nec, inquit, ICt. erit, qui nodum hunc solvet. Atqui nec hoc negat IC. illo casu præscriptis verbis agi posse, cum vulgatum sit ex contractibus incertis liberum esse ei qui prior implevit, vel ad impletionem contractus agere, vel quod præstitit condicere.

tur superiori obiectioni. Perinde est enim, quasi ita diceretur; non obstare, quod acceptilatio pro solutione est. Id enim tunc locum habere, cum fuit aliqua obligatio, quæ accepto ferri posset: qua remota, nec acceptilatio possit intelligi. Nunc autem nullam fuisse obligationem mulieris ex intercessione, certe effectu fuisse inanem, quod tantumdem valet. Non est eadem caussa solutionis, cum mulier sciens indebitum solvit creditori. Hac enim solutione non se illa liberat, sed debitorem. Atque hic vere debuit.

IX. Eadem quæstio est, si creditor post intercessionem mulieri heres exstiterit. Nam & hoc casu aditio hereditatis sustulit obligationem mulieris confusione, eademque & pro solutione cedit. *L. Stichum*, §. *aditio*, *D. de pet. her.* Sed & hic placuit creditorem institutoria nihilominus usurum: cum non obligatæ cum effectu successerit. Idque ita scriptum est in *d. L. quamvis*, §. *si mulieri*, *hoc tit.* Qua ratione eodem modo diluitur prior obiectio, quo supra: ut sit sententia, aditionem quidem cedere pro solutione, sed tunc, ubi fuit vera obligatio, quæ solveretur. Hic autem creditorem successisse mulieri non obligatæ: certe non obligatæ cum effectu: quod eodem redit.

X. Constituta restitutoria hac actione creditori, de ea quatuor quæsita sunt, quæ paucis exsequar. Primum an statim competat creditori hæc actio. Movet dubitationem, quod cum detur creditori, ne damno afficiatur propter auxilium senatusconsulti, quo mulieri succurritur, videtur esse exspectandum dum sciatur, an mulier conventa eo auxilio utatur, necne. Fieri enim potest, ut non utatur. Et si iam solverit ignara iuris sui, videtur exspectandum, an repetat solutum, necne; quoniam fieri potest, ne repetat. Adversus has dubitationes & similes generalis hæc sententia est veterum, hanc actionem 3 statim competere creditori adversus debitorem volenti ea experiri. Sive mulier obligaret se pure, sive in diem aut sub conditione, ubi dies aut conditio exsistens, nihilo magis eam oneret, quam si pure esset obligata. *L. debitrix*, §. 1. *L. aliquando*, §. *ult. D. eod.* Et recte. Nihil enim ad rem pertinet quid sit in voluntate mulieris, aut postea futurum sit, sed quid in re & iure obligationis. Constat iure inanem esse obligationem, qua mulier tenetur ex intercessione, etiam si vellet non esse inanem, quia sponte parata sit solvere. Nunc autem restituitur creditori actio in veterem debitorem tantum ideo, quia illi subtrahitur mulieris persona propter senatusconsultum. *L. si mulier*. 14. *eod.*

XI. Secundo loco quæritur, quoniam dicimus hanc actionem restitui creditori adversus veterem debitorem, ut est in *L.* 1. *D. eod.* an detur adversus hunc solum, an etiam adversus alios, & in universum adversus quos restituatur. Et placet ita restitui, ut pristina caussa integra sit creditori, *d. L. si mulier*, 14. *eod.* proinde restitui in omnes qui liberati sunt per intercessionem. *L. quamvis*, §. *quamquam*, *D. eod.* Liberantur eo facto primum debitor, & per hunc heredes eius, cæterique successores. Ideo ut in debitorem, ita & in heredes eius successoresque omnes alios competit. *L.* 1. *L. hæ actiones*, *D. eod.* Una cum debitore liberantur & accessiones, ut fideiussores & pignora. *L. in omnibus*, *D. de sol.* Ideo in fideiussores quoque debitoris restitui hanc actionem placet, *d. L. si mulier*, 14. *eod.* quod & in pignorum possessoribus intelligendum est. Item cum duo sunt rei promittendi, si unus per intercessionem mulieris liberatus sit, una quoque & liberatur alter. *L.* 2. *D. de duob. reis.* §. 1. *Instit. eod.* Et hoc est, quod hic etiam placet, si pro uno reo intercessit mulier, adversus utrumque restitui actionem creditori. *L. si pro uno*. *D. hoc tit.*

XII. Tertio quæritur, quibus restituatur hæc actio. Et si cui creditori restitui debere constiterit, etiam eius heredibus successoribusque omnibus debere restitui constat, *d. L. hæ actiones*, *D. eod.* Sed his exceptis, non ut restituitur in omnes, qui liberati sunt intercessione: ita restituitur omnibus, qui per caussam intercessionis actionem amiserunt: sed his solum, qui liberaverunt debitorem. Utputa, inquit Ulpianus duo rei stipulandi fuerunt: apud alterum mulier intercessit. Ei soli restituetur actio apud quem intercessit, *d. L. quamvis*, §. *quamquam D. eod.* Atqui ea intercessione constat utrumque amisisse actionem. Hoc enim in duobus reis stipulandi accidit, ut unius acceptilatione, novatione, & quavis alia liberatione perimatur utriusque obligatio. *L. si rem*, §. 1. *D. de novat.* Qui minus igi-

3) Dissentire videtur Cuiac. *d. Lib.* 4. *ad Afric. in d. L.* 19. putans aliud esse competere actionem statim *d. L.* 24. §. 1. & aliud dari, institui. Competere potissimum ut transmissioni prosit *L.* 9. §. *ult. L.* 10. *de tut. & rat. dist.* Sed in *d. L.* 13. §. *ult.* dicitur aperte *danda*.

igitur his restituitur actio pariter una intercessione actionem amittentibus, quam restituitur adversus duos reos promittendi, adversus quos pariter una intercessione actio amissa est? Differentiæ ratio est, quod actio restitutoria in hac re tribuitur ei, qui liberavit debitorem. Ac propter liberationem suam actionem amitit. Sequitur igitur, ut adversus quoscunque amiserit, adversus eos illi restitui debeat: quia verum est omnes eius facto esse liberatos. Contra autem alii restitui non debeat, qui non liberavit. In quo numero est alter 4 reus stipulandi. Amisit enim hic una actionem; non tamen quia debitorem liberavit, qui ipse in eo nihil fecit, sed quia alter reus illi actionem facto suo peremit, *d.* §. 1. *Inst. de duob. reis.*

XIII. Postremo videndum est, quamdiu hæc actio competat. Nam in *L. hæ actiones. hoc. tit.* scriptum est eam perpetuo competere, quia habeat rei persecutionem. Hoc ut plurimum ita est. Sed non recte definitur in universum. Sic igitur habendum est, restitutam hanc actionem talem futuram esse, qualis fuit apud creditorem, cum liberatione eius amissa est. Non enim nova hic instituitur actio: sed quæ amissa est, restituitur. Quare si vetus perpetua fuit, & restituta erit perpetua: *d. L. hæ actiones.* si temporalis, in eadem caussa & restituta habebitur. *L. debitrix*, §. *ult. D. eod.* Sed etsi quæ tempora eius actionis ante perierint, quam amissa esset, eadem & restitutæ detrahentur: omninoque res in eum locum restituetur, ut solum pristina caussa sit integra creditori, ut est in *d. L. si mulier.* 14. *eod.* Sic tamen restituetur hæc actio in ea tempora, quæ prius restabant, ut numerentur hæc tempora continua solum post restitutionem, seu ex die restitutæ actionis, non ex die intercessionis; quamvis statim atque intercessit mulier, actio competierit: hoc in *d. L. debitrix*, §. 1. *D. eod.* Res plana fiet exemplo. Emptori qui emit animal morbosum, vel rem aliquam vitiosam, competit adversus venditorem redhibitoria actio intra sex menses; actio quanto minoris empturus esset intra annum. *L. sciendum*, §. *ult. D. de æd. ed.* De eo cum satisfacere emptori venditor vellet, dedit ei liberandi sui caussa alium reum, sed mulierem, quæ aut novatione, aut venditore per acceptilationem prius liberato eam obligationem in se transtulit. Dicimus in hac specie, quia mulier senatusconsulti auxilio tuta non tenetur, restitui emptori actionem adversus veterem debitorem, eumdemque venditorem: sed eam quæ temporalis sit, ut prius. Et si prius ad eam actionem movendam restabant ex tempore legitimo tantum tres menses, restabunt etiam nunc, non plures. Sic tamen, ut hoc omne reliquum tempus, quod ante interruptum, deinceps continuum futurum est, numeretur emptori tantum ex die restitutæ actionis. Et ideo si ex quo intercessit mulier, intercesserint toti tres anni cum dimidio, & amplius, quo tempore emptor primum petiit restitutionem huius actionis, dicimus eum audiendum, quia hanc petitionem tempora in integrum restitutionibus petendis tributa largiantur, nec antea fuerit exclusa actio temporalis, quæ amissa nondum restituta fuerat. Post ubi restituta est, nihilominus habiturum emptorem reliquum tempus, quod illi ante liberationem debitoris supererat: quia hoc tempus numeretur post restitutionem non ex die intercessionis, seu liberati per intercessionem debitoris.

CAP.

4) Alter reus nihil a SCto passus est, quia actionem etiam per aliam intercessionem, in qua SCto locus, non est perinde amissurus. Quia itaque per SC. non amisit neque per idem recuperat. Hortens. *ad d. L.* 8. §. 11.

C A P. XXXII.

Quibus in caussis, & ob quæ facta mulier etiam ex intercessione utiliter obligetur, nec iuvetur senatusconsulto. Totidem exceptiones senatusconsulti. Inter cætera an, & ubi mulier utiliter renuntiet Velleiano.

I. Hactenus auxilium senatusconsulti Velleiani, iam tempestivum est monere, non esse perpetuum: in quo sunt huius senatusconsulti exceptiones, partim ex sententia senatusconsulti receptæ a prudentibus, partim constitutionibus apertius inductæ.

II. Interdum igitur mulier etiam ex intercessione utiliter obligatur, nec iuvatur senatusconsulto. Quam ob caussam & restitutoria actione hoc modo creditori supervacua constituta, una etiam & hoc posterius auxilium tollitur. Accidit hoc partim ex caussa, ex qua mulier intercessit, partim propter factum eius.

III. Caussæ duæ, in quibus huic auxilio locus non est Iustiniani constitutionibus, tantum genere ipso caussæ sine alio facto mulieris. Una caussa est manumissionis, si mulier apud dominum pro pretio libertatis, quod servus pactus erat, expromissor exstiterit. De quo ille in *L. pen. C. eod.* Inductum favore libertatis, pro qua adversus rigorem iuris multa constituta esse constat. *L. generaliter*, §. *si quis servo*, *D. de fid. lib.* Altera caussa est dotis, si pro eo qui dotem promiserat principaliter, mulier fideiusserit, aut alio modo intercesserit apud maritum. De quo in *L. ult. C. eod.* Inductum & ipsum favore dotis, ut Iustinianus eadem constitutione diserte testatur. Cuius favoris ratio redditur in *L. 1. D. sol. matr.*

IV. Facta mulieris senatusconsulti auxilium excludentia sunt quatuor. Primum si mulier in intercessione decepit creditorem. Puta, si [1] mentita sit negotium suum esse, de quo agebatur, non alienum, & creditor ignoravit: aut si permiserit alicui, ut alii sive marito, sive extraneo, res quæ mulieris erant, tanquam suas obligaret. *L. 2. §. 1. L. si mulier, 23. L. si decipiendi, D. eod. L. si fine, C. eod.* Ductum ex sententia senatusconsulti, quo [2] infirmitati mulierum succurritur. A quo longe abest factum eius, quæ creditorem decipere voluit. Hinc illæ sententiæ veterum in eam rem notatu dignæ: deceptis non decipientibus iura opitulantur. Item, infirmitas fœminarum, non calliditas auxilium meruit; & infirmitati, non calliditati mulierum consultum est senatusconsulto. *d. L. 2. §. 1. d. L. si fine, C. eod.*

V. Secundum factum est, si mulier eamdem intercessionem nova cautione, aut nova

1) *L. 12. C. h. t.* Quanquam ibi mulier pro dote filiæ promissa intercedens quodammodo suum negotium gerat. Refellit autem Duar. *h. t. C. 2. f.* 989. *& seq.* Connanum qui nihil in dote speciale putat, & in *d. L. 12. & d. L. ult.* mulierem non intercedere, sed liberalitatem exercere scribit. Quem redarguit ex verbis *d. L.* ultim. *favore dotium* item *omni auctoritate SCti cessante*, quibus innuitur hoc recipi contra SC. denique, quia dotis & libertatis par favor. ergo per *L. pen. C. h. t.* Idem est si pro marito se obligavit ad se ipsam & communes liberos exhibendos, quando marito deest unde se alat, A Fab. *Cod. Fabr. h. t Defin.* 8. Confirmatur quoque obligatio mulieris inanis aditione hereditatis principalis, pro quo expromisit, quasi nova ei accedat caussa, novum robur, ut iam sit in arbitrio creditoris agere eum muliere ex caussa fideiussoria vel ex caussa principali *L. 8. §. 13. h.* Cuiac. 15. *Obs.* 11.

2) *L. 26. d. L. 18. C. h. t.* Ac quisque iure in favorem suum inducto privatur ob dolum, vid. Hortens. *in L. 2. §. 2. h. t.* Duar. *C. 2. f.* 989. P. Fab. ad *L.* 110. *de R. I. p.* 485. *& seqq.*

nova acceſſione fideiuſſoris, vel pignoris dati confirmavit: dum id fecerit poſt biennium, quam interceſſit. Nam ante eadem interponens nihil agit. Conſtitutum a Iuſtiniano, quaſi videatur, quæ poſt tam longum tempus id faciat, non tam pro aliena obligatione interveniſſe, quam pro ſua; nec facilitate id feciſſe, ſed iudicio, quæ tandiu in eadem voluntate perſeveraverit. *L. ſi mulier perfectæ, C. eod.* Hic una interceſſio ab eodem excepta eſt poſtea Novella conſtitutione; interceſſio videlicet uxoris pro marito, quæ ita ab illo improbatur, ut placeat eam nulla confirmatione mulieris quanvis diu multumque repetita, confirmari. *Nov. ut nul. iud. §. & illud*, unde *Auth. ſi qua mulier, C. eod.*

VI. Tertium factum eſt eiuſdem principis conſtitutione notatum in *L. antiquæ, C. eod.* ſi mulier intercedens, ſive ab initio, ſive poſtea aliquid accipiat, ut ſe interponat, quo facto iubet eam omnimodo teneri exclutam auxilio ſenatuſconſulti. Neque diſtinguit quantum acceperit: ut appareat eam, ſi pro magna quantitate interceſſerit quanvis 3 modico aliquo accepto, nihilomagis beneficio S. C. uti poſſe. Credo indignam viſam Iuſtiniano eo auxilio, tanquam quæ malo more ſe alienæ litis redemptricem conſtituiſſet. Quod genus redemptionis maxime improbatum eſt etiam aliis conſtitutionibus. *L. pen. L. ult. C. mand.* Si ſit controverſia, an mulier eo nomine quid acceperit, quomodo probetur, eadem conſtitutione expreſſum eſt. Addidit Iuſtinianus, hactenus mulierem ob id factum ex in erceſſione teneri, ut tamen ſi non ſit ſolvendo, non ſit ea res fraudi creditori, ſed eatenus ei reſtituatur actio in veterem debitorem.

VII. Quartum factum mulieris in hoc genere eſt eius renuntiatio, qua ſe dicit vel ab initio, vel poſtea, renuntiare beneficio ſenatuſconſulti Velleiani, & cum ſciat ſe eo tutam eſſe, ſi velit, ſe tamen eo non uſuram.

VIII. Sed hæc pars magna cautione indiget. Paucis enim in cauſſis id receptum eſt. Quod ius ad alias transferri non debet. Quin de eo ſi quid generaliter definire volumus, ita probandum eſt ex iure civili Romanorum, in quo nunc verſamur, mulierem intercedentem, renuntiantem pacto beneficio ſuo quanvis ſcientem 4 nihil agere, nec eo pacto impediri, quominus eodem auxilio recte quandoque utatur. Id certa ratione iuris, & non dubiis de hac ipſa ſpecie locis tam certo efficitur, ut nihil poſſit eſſe in iure civili certius. Nam quæcumque pactio eſt, quæcumque remiſſio iuris ſui, & generaliter quæcumque fiunt contra leges, ſenatuſconſulta, aut alias partes iuris, ea certo iure nullius momenti eſſe conſtat. *L. iuris gentium, §. ait prætor, D. de pact. L. pacta quæ contra, C. eod. L. non dubium, C. de legib.* Renuntiatio iſta mulieris eſt contra ſenatuſconſultum Velleianum. Proinde iure inutilis. Sed & quæ in fraudem legum, aut alius iuris fiunt, itidem nullius momenti eſſe placet. *d. L. non dubium, C. de legib.* Quod de iis quæ in fraudem ſenatuſconſulti Velleiani fiunt, diſerte ſcriptum eſt in *L. quidam, §. ult. D. hoc tit.* Hæc renuntiatio, ſi non eſt aperte contra ſenatuſconſultum, quaſi quæ non ſit interceſſio: at certe eſt in fraudem ſenatuſconſulti. Quare & hac ratione æque inutilis, ac priore. Eſſe hanc renuntiationem contra ſenatuſconſultum ita facile intelligi poteſt. Omnis interceſſio mulieris in totum improbatur ſenatuſconſulto, & quidem verbis ſenatuſconſulti. *L. 2. §. ult. L. ſi mulier, 14. in fin. D. hoc tit.* At renuntiatio hæc interceſſio eſt, & maxime interceſſio. Intercedere enim eſt pro alio ſe obligare. Mulier autem renuntians ſenatuſconſulto hac renuntiatione magis

3) Hoc enim caſu videtur non tam levitate quam lucri utilitate ducta interceſſiſſe. Duar. *h. t. C. 2. f.* 989 dicens eſſe qui *d. L.* 23. ſic accipiunt, ſi tantundem acceperit quanta eſt ſumma pro qua interceſſit. Quod reprobat, quia hæc ſpecies omni dubio caret. At Iuſtinianus decidit quaſi valde dubiam. Subdit tamen Duarenus ſi plane exigua quantitas dati, in fraudem SCti, iuvari mulierem, idque a iudice æſtimandum. Cuius arbitrio & id relinquit Menoch. *Arb. Ca.* 234.

4) Conſentit Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 17. quia eadem facilitate induci poteſt ad renunciandum, Eman. Soarez. *in Anaot. ibid. lit. L.* Duar. *h. t. f.* 990. Teſſaur. *Decif.* 222. *n.* 2. Ant. Fab. *ad L.* 8. §. 1. *Qui ſatiſd. cog.* ex qua argumentum ducit. Qui renunciare poteſt exceptioni ſuæ, fideiuſſor idoneus *L.* 7. *pr. Qui ſatiſd. cog.* Mulier non eſt idonea *d. L.* 8. §. 1. Ergo. Ad hæc in *d.* §. 1. coniungitur minori, qui nec efficaciter renunciat, nam & contra renunciationem reſtituitur; & militi, qui olim non poteſt *L.* 9. *C. de Proc.* & idem ad *L.* 54. *de Proc.* Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 34. *n.* 5. Diſſent. Harmenop. *Lib.* 3. *Promptuarii tit.* 6 *pag.* 202. Fach. poſt alios 2. *Contr.* 69. Gail. 2. *Obſ.* 77. Gœd. *de Cont. Rip. C.* 7. *n.* 298. *& conſ.* Marpur. 24 *n.* 34. *& ſeqq. Vol.* 1. Georg. Acac. Enenkel. *Lib.* 3. *de Privileg. C.* 16. *n.* 26. Phil. Matth. *ad L.* 2. *de R. I. n.* 22. *& ſeqq.* P Buſius *ad L. ult. h. t* Quorum rationes ſolutu faciles. Eorum tamen opinio conſuetudine harum regionum probata & confirmata a D. Auguſto electore *Nov* 16. *P.* 2. Quando autem renunciatio tenet, requiritur ut certior reddatur huius beneficii & admoneatur, alias iuris ignorantia præſumitur, vid. Teſſaur. *Decif.* 222. *n.* 3. *&* 5. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 16. *P.* 2. *n.* 14. *& ſeqq.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. in præfat. n.* 98. *& ſeq.* Georg. Natan. *de Pact. circa Succeſſ. P.* 1. *n.* 55. Toming. *Decif.* 1. *n.* 60. Nec notario atteſtanti de eo in inſtrumento regulariter creditur, Beuſt. *ad L.* 1. *de iureiur n.* 247. Nec valet renunciatio in inſtrumento ſcripta, ſi notarius quæſitus neſciat quid ſit SC. Velleianum. Fachin. 11. *Contr.* 65.

gis se obligat. Quare & hæc ipsa renuntiatio maxime senatusconsulto improbatur. Quod nihil aliud est, quam esse contra senatusconsultum. *L. contra*, *D. de legib.* Quod si cui placet hanc renuntiationem recta intercessionem non esse, eoque nec verbis senatusconsulti contineri: at certe aperte adhibetur in fraudem senatusconsulti. Hac enim renuntiatione saltem id agitur, ut mulier magis & efficacius obligetur, id quod senatus noluit. Scimus autem id dici in fraudem legis, quod lex fieri noluit, etsi verbis aperte non vetuit. *d. L. contra*, *fraus*, *seq. D. de legib.* Ex quo efficitur, quod posuimus, utraque de caussa inutilem esse istam renuntiationem, quæ aut ipsa intercessio est, aut interponitur intercessionis confirmandæ caussa, idest eius rei, quam constat senatusconsulto improbari. Idque eo magis dicendum est, quod placet ea quæ sunt contra leges, qualis est intercessio mulieris, non dico nuda pactione, sed ne stipulatione quidem, atque adeo iureiurando confirmari posse. *d. L. non dubium*, *C. de legib.* quanto minus nuda iuris sui renuntiatione?

IX. Auctoritas huius sententiæ si quæritur, ea certa est in *L. si mulier perfecte*, *C. hoc tit.* qua cautum est, ne mulieri fraudi sit, quod ei, cum intercessisset, eamdem intercessionem nova cautione aut pignore firmavit, si id intra biennium fecerit. Atqui si non plus est in repetita eiusdem rei cautione, quam in renuntiatione: tamen illud saltem constat nihil interesse, utrum nova cautione mulier se omnino teneri velle, nec a priori obligatione recedere declararit, an vero iuri suo renuntiando idem se facere velle ostenderit. Adde rationem, qua Iustinianus in superiore lege utitur. Negat eam ex repetita cautione teneri debere, quia adhuc ex consequentia suæ fragilitatis in secundam iacturam inciderit. Hanc rationem nemo non videt præcipue ad renuntiationem mulieris pertinere. Nam profecto qua facilitate intercessit mulier, ut obligaretur, eadem facilitate nullo negotio adducetur, ut beneficio senatusconsulti renuntiet, quo magis ita obligetur. Non recte moventur, ut contra sentiant, qui moventur eo, quod traditum est, posse unumquemque iis quæ pro se introducta sunt, renuntiare: posse pacifcendo iuris sui persecutionem deteriorem constituere, ut pactioni & renuntiationi stare debeat. *L. pen. C. de pact. L. pactum*, *D. eod.* Intelligere enim debuerant in omni pactione hoc vere dici, sed cum hac exceptione perpetua, quæ edicto de pactis expressa est, nisi pactio sit contra leges, senatusconsulta, & cæteras partes iuris. *L. iuris gentium*, *§. ait prætor*; *D. de pact. L. pacta quæ contra*, *C. eod.* Iam autem confectum est, idque etiam non obscurari turpe, ut intercessio mulierum est contra senatusconsultum, sic & omnem renuntiationem quæ eamdem intercessionem habeat, aut id agat, ut eam confirmet.

X. Sunt tamen quædam caussæ, in quibus placet utilem esse hanc renuntiationem, ut ea interposita denegetur mulieri auxilium senatusconsulti. Quæ ne ad exemplum trahantur, transferanturque ad alias omnes, in quibus eadem interveniat renuntiatio; facile videbimus in his propriam quamdam actionem esse, quæ sua sponte hanc renuntiationem excludat in cæteris. Eas caussas tres esse animadverto.

XI. Una est in matre aut avia tutelam liberorum suscipiente; quas placuit ita tutelam subire posse etiam ante agnatos, si auxilio Velleiani renuntiaverit. *Auth. matri & aviæ*, *C. quand. mul. tut. off. fun. pos.* Renuntiatio tum profutura, cum forte se pro pupillo obligaverint creditoribus, aut iudicium suscipientes caverint iudicatum solvi. Alioqui futura inutilis, si de sua tantum administratione caverint, ubi scilicet se principaliter obligant, non intercedant. *L. si mater*, *C. hoc tit.* Hanc vim istius renuntiationis in hac caussa rei necessitas exprellit. Primum enim fuit, ne mater & avia, utpote fœminæ, ad tutelam admitterentur, ut fuit ius antiquum. *L. 1. C. quand. mul. tut. off. fun. pos.* Proximum, ut si placet admitti, admittantur ita, ut tutelæ officium recte impleant. Quod ita fit, si ubi opus est pro utilitate pupillorum, obligentur: nec possunt utiliter obligari, nisi Velleiano renuntiaverint utiliter.

XII. Altera caussa est vetus, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit iudicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, & caverit se senatusconsulti exceptione non usuram. In qua specie, cum mulierem audiri placet, si ita caverit, ut declaratur in *L. ult. §. pen. D. hoc tit.* apparet hoc dici, etiam utiliter hoc ab ea caveri. Hanc renuntiationem eadem necessitas iuris admitit, quæ superiorem. Nam si mulier vellet pro debitore solvere, licere id ei facere constat. *L. 4. D. eod. L. 4. C. eod.* Liceat igi-

igitur ei & pro debitore [5] iudicium accipere eius liberandi caussa. Nam & hoc pro solutione est & quidem invito debitore, *L. solutione, D. de solut.* Hoc admisso, quod iuris ratio postulabat, consequens fuit, ut pro commodo actoris ista conditione admitteretur, si caveret se, si condemnaretur, senatusconsulti auxilio non usuram, ne scilicet creditor decipiatur. Quod alioqui futurum est, si pro arbitrio suo mulier retardet petitionem creditoris iudicium suscipiendo, deinde post illum deludat confugiendo ad exceptionem, quod est contra mentem senatusconsulti. Nisi quis dicat mulierem iudicium hoc casu volentem accipere non fuisse audiendam, nisi statim solvat. Quod admittendum non est, Nam si vellet solvere, audiretur, ut dixi. Nunc idem facere vult, Sed prius postulat de debito sibi liquere per iudicem. Negat enim deberi, quod petitur. Aperte æquum postulat: dum renuntiatio eius solutionem futuram certam faciat. Quod ita fit, si eam renuntiationem utiliter interponat.

XIII. Tertia species admittenda videtur, in qua hæc renuntiatio sit utilis, si mulier post biennium, ex quo intercessit, [6] renuntiaverit senatusconsulto. Hæc enim renuntiatio, nova quædam est cautio & confirmatio obligationis, cum cavet mulier se intercessione ita deinceps obligari velle, ut profiteatur se nolle uti senatusconsulti exceptione. Quæ confirmatio ita recipitur post biennium Iustiniani constitutione, ut beneficium senatusconsulti illi adimat. *d. L. si mulier perfectæ, C. eod.* Cætera, quæ colligit in hoc genere Accurtius ad *L. 1. D.* & ad *L. ult. C. eod.* non sunt habenda inter huius senatusconsulti exceptiones, cum in his mulier obligata in rem suam, & suo nomine non intercedat.

HUGO-

5) Hic non renunciat exceptioni in contrahendo, sed post interpellationem factam in iudicio, Duar *h. t. C. 2. f.* 902 Et si vere rem perpendas, nec est hæc exceptio. Quia mens Senatus non ut cogatur mulier eo beneficio uti, sed ut possit si velit, A. Fab. *ad L. 8. §. 1. Qui satisd. cog* Adde quod ratio SCti hic cesset. Levitas videlicet qua inducitur mulier ad facile intercedendum, sperans illum, pro quo intercedit sua die soluturum ne ipsa conveniatur.

6) Quid si iuramentum accesserit. Valere intercessionem etiam sine renunciatione, Beust. *ad L. 1. de Iureiur. n.* 248. adde Sotser *Lib. 1. de iuram. C.* 25. *n.* 31. *&* 2. *seqq* Tessaur *Decis.* 222 *n* 10. *& seq.* Io. Gutierez *de Iuram.* confirmatur *P.* 1. *C.* 20. *n.* 2. Covarr. *in C quamvis de pact. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 3. *n.* 8. Et renunciationem tunc valere etsi non fuerit certiorata, Tiraq. *ad L.* 8. *Cod. de revoc. don. in præfat. n.* 116. *per C. ex rescripto* 9. *de Iureiur.* Quod quomodo hoc probet non video,

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER DECIMUSTERTIUS.

De singulorum contractuum natura, vi & potestate: Quæ hic singulorum obligatio propria, quæ præstationes, quæ ad eas obtinendas, actiones. Atque hæc hoc libro de his contractibus, qui consensu solo perficiuntur.

CAPUT I.

De emptione & venditione: Quid sit; & quibus rebus perficiatur. Quæ hic personarum, rerum, factorum distinctio: Quæ verborum notatio.

Transitio, methodus, & partitio rerum. I. II.
Emptio venditio quid. Singulis in illa factis & personis sua cuique tributa appellatio, & quare. III.
Promiscue tamen veteres ex his appellationibus alteram pro utraque significanda usurparunt. IV.
Duo, quasi materies emptioni & venditioni subiecta, res seu merx, & pretium. Rei quæ veneat qui sensus & interpretatio. V.
Pretium in emptione necessarium & quæ hinc consectaria. VI.
Debet in pecunia numerata consistere permutationis ab emptione differentia, duo hanc consequuntur, & quæ. VII.
Item esse certum, sive dicta ab initio quantitate, sive facta pretii demonstratione. Demonstratio qualis & unde ducatur. VIII. IX.
Num valeat emptio, si pretium sit in arbitrium certæ personæ collatum. IX.
Licet illa multo pluris aut minoris rem æstimet. X.
Etiam si contrahentium alteri permittatur arbitrium. Contrariis occurritur. XII.
Quid si pretium generaliter arbitrio alieno permissum. XI.
Finis emptionis proprius qui; & quæ huic contraria. XIII. XIV.
Conclusio, & de Arrhæ datione. XV.
Si scriptura emptioni adhibeatur: quæ forma observanda. XVI.
Illius formæ neglectu quatenus emptio valeat, si arrhæ datio interveniat. XVII.

I. INstituta superiore libro de obligationibus ex contractu tractatione: quod ordine in hac re faciendum fuit, ut de caussa huius obligationis primum, deinde de effectu quæreretur, id & nos secuti, ab eo, quod hic primum fuit, orsi sumus, ac de contractu hactenus diximus, ut quid esset, & ubi esset, quæcumque proponeretur conventio, posset intelligi. Neque superior dissertatio omnis utcumque latius patens alio spectavit, quam ut hoc ipsum effectum daret. Nam cum contractum definissemus duorum pluriumve consensum in hoc, ut unus alteri quid daret aut faceret; sed consensum iure ad eam præsta-

tionem comprobatum; non solum necesse fuit ostendere, ubi ille consensus esset, quem dixi: sed etiam oratione persequi & explicare eas res sive caussas, quibus fieret, ut consensus iste iure ad eam præstationem comprobaretur. Idque ita fecimus. Nam cum hæ caussæ positæ essent in conventione ad obligationem pariendam recepta; in fine dandi accipiendique legitimo; in rebus idoneis in obligationem deductis; in persona promittentis, ut esset, qui obligari posset ei, cum quo res geritur. De his ordine diximus. Quibus cognitis, expleta nimirum definitio est. Iisdemque concurrentibus, intelligimus existere id factum, quem contractum vocamus, unde & nascatur obligatio huius generis. Simul illud fit, quod dixi, nulla ut possit proponi conventio, atque adeo nullum factum, quod conventionem vel tacitam in se habeat, de quo an insit in eo contractus necne, facile ac statim iudicare non possimus. Hoc posito, in conventione, & negotio gesto, quod proponitur, contractum inesse, sequitur effectum, scilicet ut quam vim contractus habeat, quid efficiat, cognoscamus. Effectus est illa obligatio, quam ex contractu nasci dicimus. Ea qualis sit, quid contineat, quas præstationes, quam istas exigendi necessitatem adiunctam habeat, quæritur: de quibus deinceps dicemus.

II. Et quæcumque ex contractu obligatio ac præstatio est, ea aut contractus natura constat, aut contrahentium conventione. Natura contractus est, potestas iure cuique contractui attributa, qua fit, ut illud aut illud præstari debeat sine alia manifesta conventione contrahentium. Conventio est, qua exprimitur, quid quoque in contractu contrahentes inter se servari, & præstari velint. Natura cuiusque contractus propria est: conventio nullius propria, pro arbitrio contrahentium extrinsecus adhibetur. De natura ergo contractus, quid ea ferat, quando hæc contractum proprie attingit, prius dicatur. Ac primum hoc statuatur, quod modo indicavi, naturam contractuum non omnium unam esse & communem. Propriam cuiusque contractus hanc esse. Ideo pro specie cuiusque distingui. Alia est natura eorum contractuum, qui consensu solo peraguntur; alia eorum, qui re fiunt. Sed & in his ipsis generibus singulæ species utriusque generis propriam naturam ab aliis distinctam habent. Puta aliud exigit emptio, aliud locatio, & similes contractus: aliud mutuum, aliud commodatum, & similes. Quocirca qui naturam cuiusque contractus, atque hinc propriam cuiusque obligationem nosse volet, necesse habet duo præstare. Primum exacte cognoscere speciem ipsam cuiusque contractus, de cuius obligatione quæritur. Sic deinde ad eius naturam descendere, ex qua de obligatione eius propria iudicetur. Quod & in his iam faciemus, orsi ab emptione, & deinceps contractus reliquos persecuturi eodem ordine, quo a me in conventionibus legitimis antea propositi fuerunt.

III. Emptio & venditio est [1] contractus mutuæ præstationis, quo id agitur, ut pro pecunia danti res tradatur. Neque interest, utrum iam nunc pecunia detur pro re, quæ eo nomine tradatur; aut e converso res tradatur pro pecunia, quæ detur eo nomine, an vero de his invicem ita præstandis inter aliquos conveniat. Meminisse enim oportet emptionem solo consensu contrahi. Sic fere describitur hæc species in *L. naturalis*, 5. in pr. *D. de act. empt.* Itaque emptio & venditio duorum factorum diversorum appellationes sunt: sed contractus unus his factis mutuis constans. Qui quo magis intelligeretur, singula in eo tum facta, tum ex factis personæ contrahentium, tum res ipsæ in contractum deductæ, certis ac propriis nominibus designata sunt a veteribus. Is a quo res traditur, aut tradenda est, dicitur vendere, verbo composito a venum & do, ut Grammatici docent: ut sit vendere quasi venum dare: idest facere, ut ab eo, qui tradit, aut traditurus est, res exeat, & veniat ad eum, cui traditur. Unde res quæ traditur, dicitur venum ire; uno verbo venire. Hinc venditor, qui rem tradit pro pecunia. Hinc huius factum venditio. A quo autem pecunia est, quam det pro re tradita, emere dicitur: verbo ita facto, ut sit quasi e tuo [2] meum facio. Hinc emptor, qui pecuniam dat pro re, & huius factum emptio. Rursum res

1) Vult. *pr. I. h. t. n.* 7. Contractus ex consensu de re certo pretio habenda. Gœd. *ad L.* 66. *pr. de V. S. n.* 2. *& de Contr. stip. C.* 161. Contractus iuris gentium qui consensu de re & pretio perficitur. Fab. de Monte *de Empr. Q.* 9. *princ. n.* 1. Contractus bonæ fidei, ultro citroque obligatorius qui consensu re & pretio perficitur. Aliter alii, vid. Mozz. *de Empt. Col.* 1. *n.* 9. *& seqq.* Sed parum refert.

2) Vel a Gr. ἰμὸν, ut post Connan. 7. *Comm.* 6. Rom. 1. *Animad.* 8. quia veteres teste Festo *Lib.* 9. *post initium Lib.* 5. *initio & Lib.* 16. *emere* pro *sumere* & *accipere* usurpabant. Ut quocunque genere quid fieret meum, id emere diceret, si modo in hoc, ut meum fieret, acciperem. Unde & emi auctoribus Latinis passim dicuntur, quæ alia re quam nummis parantur, ut ex Horatio, Virgilio aliisque probat Robertus. Quæ non tam argumentis elidit, quam acerbis & indignis cavillis eludit Cuiac. 1. *obs. Merc.* 8.

res quæ traditur, dicitur merx, quasi merex a merendo: quoniam res in emptione ea est, quæ meret pretium, idest facit, ut simus digni eo pretio, quod pro ea penditur. Hinc mercari pro emere: & res mercales ac promercales, venum expositæ. *L. mercalem*, *C. de cond. ob turpem causs.* Pecunia quæ datur, dicitur pretium, quasi [3] peritium auctore Varrone *Lib 4. de ling. lat.* Est enim pretium ea æstimatio rei, quæ a peritis æstimatoribus constitui solet pro rei cuiusque dignitate. Hæc istis nominibus ita notata & distincta sunt a Paulo in *L. 1. D. de contr. empt.* & *L. 1. D. de rer. perm.* Verborum distinctio maxime eo quæsita, ut ex verbis rerum ipsarum significatio & distinctio, ex rebus distinctio actionum ex empto, & ex vendito in ipsa emptione intelligeretur. Extra emptionem autem ut videre liceret, quantum intersit inter emptionem & permutationem. Earum enim caussarum differentia ex superiore rerum distinctione sumitur, quæ distinctio in permutatione nulla est. *d. L. 1. de rer. perm.*

IV. Apparet autem ex hac distinctione, sic facta & res superiores diversas esse, ut nunquam vendere sit emere, nunquam venditor idem & emptor, nunquam emptio sit venditio, aut contra; nunquam merx pretium, aut contra, *d. L. 1. de rer. permut.* Quid est igitur, quod dicitur in *L. veteres*, 19. & *L. seq. D. de act. empt.* veteres in emptione & venditione his appellationibus promiscue usos esse similiter ut in locatione & conductione? Id hanc sententiam habet, promiscue eos usos esse, non ut uterentur [4] uno pro altero, quasi unum esset alterum, sed ut uno promiscue uterentur pro utroque, sive uno ad utrumque intelligendum: ut si vellent totum contractum intelligi, sufficeret his vel emptionem solum dicere, vel solum venditionem. Et res atque usus loquendi sic habet. Qui emptionem dixit, simul dixit venditionem: & e diverso qui dixit venditionem, idem dixit emptionem. Ut ad utrumque significandum promiscue alterutro uti liceat. Non sane verbi significatinne, quasi hæc sint eadem emptio & venditio, emptor & venditor: sed rerum ipsarum & facto-

3) Hot. *ad §. pretium* (est vers. *ult. pr.*) *I. h. t.* Goed. *ad L. 193. de V. S. n. 2.* quia statui debet ea opinione communi eorum qui rerum istarum periti, non ut cuique videbitur. Facit *L. 63. pr. ad L. Falc.* vid. *supr Lib.* 8. *C.* 24. *N* 14. & *N. 11.* Iuuta Nonium, quod præeat & demonstret quis cuiusque rei valor. Hopper. *Lib.* 4. *πιθανῶν pag.* 158.

4) Ut Rob. 1. *Animad.* 8. A. Fab. (sed unde) *6. Coniect.* 9. Vult. *in pr. I. h. t. n. 2. & 3.* quia venditor pro emptore *L. 34. pr. de Contr. empt. L. 7 §. 4. Pro empt. L. 13. §. 25. de act. empt.* & contra emere pro vendere *L. un. C. Si serv. extero*, & Locator, ait Vulteius pro conductore *L. 9. §. 3. Locati*. Addit Robertus suffragari originem vocis, quia uterque agit & ut acquirat & ut a se abalienet, unus nummos, alter mercem. Quare uterque illo respectu emptor, hoc venditor dicetur. Sed recte noster, & Connan 7. *Comm.* 6. *n. 1.* Mozz. *de Empt. Col. 1. n. 7. & 8.* Rad. Forner. 4. *Rer. Quotid.* 9. Muret. *Obs. iuris* 3. Venditorem, ait, pro emptore qui accipiat, etiam album pro nigro accepturus videtur. Ad *L. 34. pr.* Resp. nego ibi vel eum Cuiacio pro *venditor* reponendum *emptor*, vel cum Vulteio, intelligendum, quia ratio subiecta *plerasque enim res*; huic intellectui minime convenit. Et pactio obscura nocet quoque emptori si ab eo dicta, de quo forte alibi. Ad *d. L. 7. §. 4.* Resp. Cuiac. 1. *not. Merc.* 8. emptorem ibi hominis deinde eundem alii vendidisse. In *d. L. 13. §. 25.* actio ex empto dicitur, quæ datur venditori, quia significatur totus contractus, eo modo quo Donellus exponit, vel κατ᾽ἔλλειψιν, quia integra appellatio est, ex empto vendito. Cuiac. *d. loc.* Sic & verbum *emi* in *d. L. un.* sumitur pro toto contractu, vid. Donell. *ad d. L. un.* qui fuse illam obscuram legem declarat. Duriusculum videtur quod ex *d. L 9. §. 3. Locati* a Vulteio obiicitur. Sed & id evitandi ratio est. Coniungi enim debet *d. § 3. cum §. praced.* ubi omne periculum, etiam vim maiorem, in se recepit conductor. Subiicit ICtus. Quid si ea lege sive conventio locationi adiecta, ut innocentem ignem habeat conductor, quis damnum præstabit? Videri poterat de diligentia sua & custodia tantum cavisse & promisisse conductor, per se suosve non fieri, ne damnum ex incendio oriatur. Contra IC. hac ipsa conventione id actum interpretatur, ut casus quoque incendii fortuitus præstaretur. Unde id? Nimirum quia conventio ita accipienda, ne sit frustra adiecta & ut aliquid operetur, ultra communem locationis naturam, qua damni sua suorumve culpa illati præstatio continetur. Vis igitur illius pactionis ea *ut habeat*, id est, præstet *ignem* generatim, non suum culinarem & focarium tantum, *innocentem*, id est, ne nocumentum adferat locatori. Quocirca *non præstat periculum locator*, sed conductor nisi *culpa locatoris damnum dederit*, seu caussam incendio præbuerit. Non itaque locatoris verbo conductorem intelligemus, nec eum Gothofredo ibid. *locatori* legere necesse est. Nec etiam *locator is*, duabus vocibus, ut placere memini Val. Guil. Forstero, quia eodem sensu & illi loco convenientius dicitur culpa locatoris damnum facere quo locator is culpa, seu per culpam. Denique nec etymon refragatur. Licet enim ex primævo vocis ortu, itemque L. 12. tabb. acceptione, omnis alienatio emptionis verbo veniat, *L. 29. cir. fin. de statu lib.* eum & omnes fere contractus per emptionem, sive veram sive imaginariam, celebrari solerent, vid. *supra N. 2. Lib. 6. C.* 6. usus tamen iuris, sequenti ætate, aliud tulit, vocem generis ad certam speciem revocans, *L. 1. L. ult. de Permut. L. ult. C. de pact. int. empt. L. 7. §. 3. & 4. de reb. eor. qui sub tut.* Unde quoque Alc. 3. *Parerg.* 22. *& ad L. 2. de V. O.* expositio concidit, quæ & ex *L. seq.* 20 refellitur. Quis enim dicet *Locationis* verbum ita generale unquam fuisse, ut omne alienationis genus complecteretur, & ea ipsa *L.* 19. Differunt enim promiscue uti & in latissimo significatu accipi. Ac licet perplures leges quibus contractus omnis quo dominium transfertur emptionis verbo veniat, adducat Fab. de Monte *de Empt. Q. 2. principali n. 1. & seqq.* in omnibus tamen sit fere mentio extensionis, quod de emptione constituta in aliis contractibus, quoad illas caussas, locum habeant. Extensio autem non ex verbis, sed sententia ad similia non eadem, nec a genere ad speciem, sed a specie ad speciem diversam. Superest acceptio Cuiac. 9. *obs.* 15. quasi locatio venditio, conductor emptor & contra vocati fuerint, per *L. 21. pr. de ann. leg.* & quia mancipes ementes Hygeno qui conducebant. Unde pro *idem est* reponit, *id est*. Quæ Hotommannus *ad L. 10. C. de Usur.* priorem se advertisse & in comm. verb. iuris exposuisse scribit. Sed non est quod Hot. inanem gloriam Cuiacio invideat. Nam & ea lectio inconcinna, ut Rob. 1. *Animadv.* 9. monstrat, & sententia falsa: iunguntur emptores fructuum, in d. *L. 21. pr.* colonis sive conductoribus, non confunduntur: Imo per voculam *vel* discernuntur. Nam & fructuum emptio est *L. 8. pr. h. t.* Et manceps, auctore Festo *Lib.* 11. quisquis a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse. Unde & mancipatio, & res mancipi.

factorum necessaria coniunctione. Sunt enim hæc inter se relata, quorum unum non potest esse sine altero. Non enim est venditor, nisi sit, qui venditum emat; nec emptor quisquam, nisi sit, qui prius vendat. Proinde nec venditio sine emptione, nec emptio sine venditione.

V. Hactenus definitio emptionis, & ad eam accommodatæ rerum, factorum & personarum, quæ in emptione versantur, appellationes. Quid contineat definitio, ad naturam contractus amplius cognoscendum est. Habet enim hæc conventio, ut apparet, plures partes. Cum eas distincte notatas & probatas esse expedit, quo plane & certo quando emptio contracta sit, intelligatur: tum vero insunt in his pleraque, quæ nisi aperte proponantur, non statim eruantur ex definitione, ac sine his non magis sit emptio. Res ergo sic habet, eaque vis est superioris definitionis. Præter [5] consensum, qui omnium contractuum est communis, constat emptio & venditio rebus certis, & fine dandi tradendique certo. Res duæ emptionis propriæ. A venditore res seu [6] merx; ab emptore pretium. Sine re, quæ veneat, nec emptio nec venditio potest intelligi. *L. nec emptio.* 8. *D. de contr. empt.* Quod cum dicimus, non hoc intelligi debet, sine re quæ sit in rerum natura, aut hominum commercio; sed sine re, quæ verbis conventionis exprimatur, quam venditor pro exstante & privata vendat, pro qua & pretium statuatur. Cæterum re aliqua expressa, quæ venderetur, quamvis in rerum natura non sit, ut bos mortuus, fundus qui chasmate perierit, aut non sit in hominum commerciis, ut liber homo, res sacra aut religiosa; si pro exstante & privata veneat, dum emptor ignoret, emptio contrahitur. *L.* 4. & seq. *D. de contr. empt.* non sane ut de re, quæ tradi & transferri non potest, emptio teneat; sed ut valeat in hoc, quo emptori ex empto adversus venditorem sit actio in id, quod interfuit eius non decipi. *L. qui officii,* 62. §. 1. *L. de contr. empt.* Sane & sine re expressa, quæque vere subsit, emptionem contrahi posse in una specie receptum est. Ea est, cum emitur alea, id est res, cuius captus ex incerto eventu pendet, ea lege, ut sive evenerit, sive non evenerit, tamen pretium præstetur. Id accidit cum emitur iactus [7] retis, seu captus piscium vel avium, vel missilium, vel ferarum in venatione. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiam si [8] decuplo pluris sit, quam pretium constitutum. Si nihil capitur, ipse emit aleam, id est spem incertam, pro qua nihilominus pretium constitutum præstare cogitur, *d. L. nec emptio, de contr. empt. L. cum hereditatem, D. de her. vel act. vend. L. si iactum. D. de act. empt.*

VI. Ab emptore pretium esse oportet. Sine pretio æque emptio nulla est. *L.* 2. *D. de contr. empt.* §. *pretium. Inst. eod.* Ideo si quis pretium in venditione ita ponat, ut donationis caussa non sit exacturus; si quidem donationis caussa minoris vendit, emptio valet. Licet enim, quod pluris est, minori pretio vendere: præterquam si inter virum & uxorem venditio intercedat: quæ etiam viliori pretio facta nullius momenti est. Hæc in *L. si quis donationis*, 38. *D. de contr. empt.* sin id agitur, ut universum pretium condonetur, placet nullam esse emptionem. *L. cum in venditione*; 36. *d. L. si quis, D. eod.* scilicet quia ibi nullum est pretium, ubi pretii donatio est: pretium autem exigimus. Sed etsi prætextu pretii quæsito res vendita sit [9] nummo uno, æque

5) *L.* 9. *pr. h. t.* Vulgo tria esse substantialia. Consensum, rem ac pretium. Fab. de Monte Q. 1. *pr. n.* 4. Q. 5. *pr. n.* 1. Mozz. *de Empt. Col.* 3. *de substantialib. Emptionis*. Vult. *pr. I. h. t. n.* 9. Consensus autem contrahentium sufficit, nec requiritur etiam propinquorum ac consortium. Improbatum enim legibus Romanis ius retractus *L. dudum* 14. *C. h. t.* Duar. *h. t. C.* 4. de quo fuse Tiraq. *in præfat. Lib. de retr. lign.* Quia impedit libertatem de re sua disponendi. Timor enim retractus animos licitantium minuit, pretia infringit, ait Curt. 2. *Conj. ad Fr.* 15. Nec falsa ratio Imperatorum ceu vult Oldendorp. *de I. & Æquit. Tit.* 8.

6) Merx loco materiæ, pretium loco formæ. Hopper. *Lib.* 4. *ϑεωδωσιν p.* 139. Proprie tamen merx non omnia res venalitias, sed mobiles, nec in his homines continet, *L.* 66. *L.* 207. *de V. S.* vid. Gœd. *in d. L.* 206.

7) Ubi nihilominus emptio pura, ac licet nihil in rete inciderit, tenet &c. Spes enim tandiu loco rei, quoad res existat; etsi non existat, spes, non res empta, Vult. *pr. I. h. n.* 33.

8) Ut non sit locus *L.* 2. *C. de resc. vend.* nec in æstimatione eius quod extractum *L. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Forcat. *Dial.* 43. *n.* 4. Vinc. Gabot. 2. *Disp.* 24.

9) Fab. de Monte Q. 5. *pr. n.* 21. Cuiac. *ad L.* 16. *de R. I.* P. Fab. *ibid.* Arumæ. *Decis.* 1. *n.* 6. & 7. & *per L.* 10. §. *ult. de acq. poss* ubi nummus pretio opponitur. Quin & in imaginaria venditione nummus accedebat, Cai. 1 *Inst.* 6. §. 4. vid. & Budæ. *Lib.* 1. *de Asse pag.* 32. Quin adumbratam esse hanc venditionem arguit Horat. *Satyr.* V. *in fin.*

> .... *Seu fundi, sive domus sit*
> *Emptor, gaudentem nummo te addicere* . . .

Ubi Porphyrio vetus Interpres: *Genus erat donationis, in qua quando aliquid donabatur, nummum dabant, ut emisse viderentur*, licet aliter exponat Lambin. *ibid.* Nec obst. *L.* 66. *de iust. dot.* Deciditur enim ibi quæstio ex æquitate contra subtilitatem iuris, ut ostendit Duar. *ad d. L.* 10. Diss. Treutl. *Vol.* 1. *Disp.* 28. *Th. ult. lit. B.* Nec vana hæc quæstio: Multis enim interdicta donatio, promissa venditio, & contra. Multa de venditione constituta quæ in donatione non obtinent, actionis ædilitiæ, evictionis remedia

æque emptionem nullam esse dixerimus; quia non minus & hoc donationis instar habeat, utpote adhibitum, ut donatio tegeretur. Hoc quidem Ulpianus de conductione scribit in *L. si quis*, 46. *D. loc.* sed ratio eius generalis est, quæ non minus ad emptionem pertinet. In summa imaginaria est, non vera venditio, quæ fit pretio vere non accedente. *L. imaginaria*, *D. de reg. iur.* Quam & ipsam ob caussam dicitur huiusmodi venditio omnis pro non facta esse. *L. nuda*, 55. *D. de contr. empt.*

VII. In pretio duo desiderantur, quæ definitio brevius indicat. Primum ut pretium consistat in quantitate, seu pecunia numerata. *L. empti*, *C. de contr. empt.* *§. item pretium*, *Inst. eod.* Si pro re alia res detur, constat esse [10] permutationem. Et quoniam permutatio est, obtinuit sententia Proculi & Nervæ, idcirco emptionem & venditionem non esse, repudiata Sabinianorum contraria sententia. Idque eo argumento, quod ante indicavimus, quod in emptione & venditione res & facta contrahentium ita distincta essent, ut nunquam unum posset esse alterum. Quæ distinctio nec est, nec intelligi potest in permutatione; in qua si ex contrahentibus is, qui rem dat, venditor est, ambo sunt venditores, quia ambo rem dant invicem: si est emptor, ambo sunt emptores. Item si una res ex his, quæ interveniunt, merx est, ambæ sunt merces; si una pretium, ambæ sunt pretia; quia utrinque pariter res dantur. Summa hæc est disputationis Pauli in *L. 1. D. de contr. empt.* & *d. L. 1. de rer. perm.* exstat item in *§. item pretium*, *Inst. de empt. & vend.* Neque hoc discrimen de verbis tantum est, ne quis forte ut non magni momenti contemnendum putet. Horum utrum dicamus, in re multum interest. Ac summa differentia hæc est, quod emptio solo consensu obligationem parit. *Inst. de oblig. ex consf.* Permutationis conventio non nisi ex re secuta. *L. ex placito*, *C. de rer. perm.* *L. 1.* illic, *item emptio*, *D. eod.* Cui iam differentiæ hæc duo sunt consequentia: in emptione quidem ut placito emptionis interposito, utrique ex contrahentibus adversus alterum ultro sit actio de eo, quod debetur, quanvis qui agit, nihil dum ipse præstiterit; tantum ut quod debet, offerat, ut postea dicetur. *L. ex empto* 11. in prin. *L. Iulianus*, 13. *§. offerri*, *§. ex vendito*, *D. de act. empt.* Ei vero qui iam præstiterit quod debet, multo minus sit actio ad revocandum, quod dedit, tradidit; quia si is qui accepit ultro actionem habuit ad petendum, multo magis eo accepto exceptionem habere debet ad idem retinendum. *L. invitus*, *§. 1. D. de reg. iur.* In permutationis autem placito contraria de caussa utrumque contra accidit; scilicet ut solus possit petere id, de quo convenit, qui prius rem ipsi dederit permutationis caussa; *d. L. ex placito*. Et qui rem dedit, priusquam acceperit vicissim, quod oportuit, possit revocare datum ex pœnitentia tanquam ob caussam datum caussa non secuta: cum nulla re obstringatur ad id relinquendum, ad quod præstandum non fuit obligatus. *L. 5.* in pr. *D. de præscr. verb.*

VIII. Alterum desideratur in pretio, nempe ut sit [11] certum. In quo sciendum est, nihil interesse, utrum iam ab initio certum dictum sit, an verbis ita constitutum, ut postea certum fieri possit, ac postea tale esse incipiat. *§. certum*, *Inst. de empt.* Certum dicitur iam ab initio expressa quantitate; ut si fundus nominatim venditus sit centum aureis. Sic constituitur verbis, ut postea certum fiat, addita ea demonstratione, unde postea hæc certitudo sumatur. Demonstratio ad eam rem idonea aut ex [12] præterito præsentive ducitur, aut ex futuro. Ex præterito præsentive,

dia &c. Male quoque Popp. ab Æzema 2. *Differt.* 1. uno nummo interpretatur paucis nummis seu vili pretio. Nam immo nummus unus non est vile pretium, sed nullum *d. L.* 10. *pr.*

10) *L. 7. C. d. t.* Quoad constituendam scilicet obligationem ex empto. Cæterum volenti deinde in alia re satisfieri potest, contractu per hoc non mutato *L. 8. C. de resc. vend.* quia initium, non exitum spectamus circa formam ac distinctionem contractuum, Gœd. *ad L. 70. de V. S. n. 3. & ad L. 187. n. 3* Schneidvin. *in §. 2. I. h. t. n. 1.* Pinel. *P. 2. Rub. C. de resc. vend. C. 1. n. 16.* Re autem ab initio data nihil refert etsi contrahentes emptionem nominent *L. 6. de præsc. verb. L. 6. § 1. de act. empt.* Pinel. *d. C. 1. n. 12. & 3. seqq.* Quid si pro re res & pretium mistum dentur. Vid. Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 10. Tiraq. *de Retr. lign. §. 30, Gloss.* 1. qui sic: (1) Spectari quid principaliter egerint contrahentes. (2) Si id non liquet inspici quod prævalet. (3) Si species & pretium æqualis æstimationis, actum denominari a digniori, itaque permutationem censeri, quæ dignior quia antiquior. Varias sententias refert ac expendit Pinel. *d. P. 2. C. 2.* quem adi. Quid si pecunia maior minutiori mutetur, ut fit a nummulariis & (ut vocant) campsoribus? Permutatio est, quia merx & pretium in emptione diversa, nisi altera detur ad pondus, altera ad numerum, post Conna. 7. *Comm.* 5. Pinel. *P. 1. Rubr. C. 3. n. 15.* (De necessitate emptionis & nummi inventi) perquam convenienter ICto *in d. L. 1. pr. h. t.* Aristot. 1. *Polit.* 9. *edit.* Pacii (*al.* 6.) & 5. *Eth.* 8. (*al* 5.) De antiquitate emptionis, itemque nummorum origine ac inventoribus Plin. *Lib.* 8. *C.* 56. Polyd. Virgil. *Lib. 2. de Rer. invent. C.* 20. Vacon. 1. *Decl.* 12. Forcat. *Dial.* 48. Pinel. *P. 1. Rub. C. de resc. vend. C. 1.* Balduin. *ad L. 12. tab.* 5. Charond. 1 *Verisim.* 1. & 3. *Verisim.* 11. Gœd. *ad L. 4. de V. S. &c.*

11) Nec probat instrumentum referens emptionem non expresso pretio, ubi nec testes nescientes illius quantitatem. Pinel. *in Rub. C. de resc. vend. P. 2. C. 1. n* 7.

12) Sive per se ipsum, sive relatione ad aliud, Vult. *pr. I. h. t. n.* 46. Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 9. Pinel. *de Rub. P. 2. C. 1. n. 1. & 2.*

tive, cum pretium refertur ad aliam quantitatem non expressam quidem verbis, sed quæ certo loco, aut certa persona designetur, unde & illa quantitas, re postea quæsita, certitudinem accipiat. Ut in hac venditione, fundus ille mihi emptus est, quanti tu emisti; quanti emptus est a testatore; quantum [13] in arca habeo. Si a te, si a testatore certo pretio emptus est, si quid in arca habeo, emptio valet, & tanti fundus mihi emptus intelligitur. *L. hæc venditio*, 7. *§. penult. L. si quis fundum*, 37. *de contr. empt.* Et quidem hoc casu statim, quasi pretio iam ab initio certo constituto. Quid enim interest ad certitudinem rei quomodo res designetur, verbis, an alterius rei demonstratione, qua fiat, ut nihilominus res intelligatur? *L. certum*, *D. si cert. pet.* Nihil ad rem pertinet, quod ab initio pretium incertum est apud contrahentes. Satis est, quod per rerum naturam, &, ut loquitur Ulpianus, in rei veritate certum est. *d. L. hæc venditio*, 7. *§. pen.* Bene enim Iustinianus: *quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, etiam si apud nos incerta sint*. §. conditiones, *Instit. de verb. obl.*

IX. Ex futuro demonstratio sumitur, cum pretium in alterius certæ personæ [14] arbitrium collatum est, hoc modo: fundus ille tibi emptus est, quanti Titius æstimaverit. Est hic quidem pretium ita constitutum, ut a principio & contrahentibus, & natura ipsa sit incertum, ut appare t. Sed tamen ita, ut eventu, idest conditione existente, certum fieri possit, atque adeo certum fiat; quod ad pretii certitudinem satis est, ut exinde quoque emptio valere incipiat, quod & probatum est. Itaque huius conventionis hanc vim esse placuit, ut si Titius non æstimet, vel quia non possit iam mortuus, vel quia vivus nolit, nulla sit emptio. Non quia pretium sit incertum, sed quia nullum. Sin æstimet, exinde emptio valeat. Quia & pretium sit, & certum esse cœperit; quod quærimus. *L. ult. C. de cont. empt. §. pretium. Inst. eo. tit.*

X. Quid si Titius multo minoris rem æstimet, aut multo pluris, quam valet? Placet nihilominus & valere venditionem, & pretium secundum Titii æstimationem esse solvendum. *d. L. ult. C. de contr. empt.* Idemque de mercede alieno arbitrio permissa scriptum est in *L. si merces*, 25. *D. loc.* Immo ut valeat venditio: tamen, dicat aliquis, saltem arbitrium ad boni viri arbitrium esse redigendum; ut fit in aliis caussis, cum arbiter iniquum est arbitratus. *L. societatem*, 76. & seqq. *D. pro soc.* Sed hoc tunc locum habet, cum arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat. *L. unde*, 79. *D. pro soc.* Quod non fit in emptione pretio minore aut maiore quam res valeat, constituto. Licet enim quod minoris est, pluris vendere: & quod pluris est, emere minoris sine iniuria. *L. item si*, 22. *§. ult. D. locat* Vide plura in commentariis de hoc arbitrio ad *L. si quis arbitratu*, 43. *D. de verbor. obligat.*

— XI. Sed pretium in certæ alicuius personæ arbitrium conferri volumus, puta Titii. Si generaliter permissum sit alieno arbitrio, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, cuius merces permissa sit generaliter alieno arbitrio: veluti, fundus tibi emptus est, quanti [15] alii æstimaverint: locatus est, quanta mercede alii arbitrati fuerint. *L. si merces*, 25. in pr. *D. loc.* Ductum plane ex superiore definitione. Utrumque enim aliqui æstiment, semper tamen pretium ex huiusmodi arbitrio incertum futurum est. Nam cum unus aliquis pretium, quod videtur, dixerit; dicet unus ex contrahentibus, cui æstimatio non placebit, se de eo æstimatore non sensisse, aut non de eo solo. Ad alios etiam eundum esse, quorum arbitrium exploretur. At poterit postea alius aliud dicere, & rursum alius aliud, unde incertitudo abeat in infinitum, atque ita ignoretur, quid hic potissimum sequamur.

XII. Quid tamen, si pretium collatum quidem sit in certæ personæ arbitrium: sed [16] arbitrium unius ex contrahentibus; velu-

13) Quid si dicatur: Pro eo pretio quod in arca habeo? Accurs. & vulgo DD. & Mozz. *Col.* 3. *de Substantia lib. Emptionis n.* 44 venditionem valere negant, notati a Fab. de Monte *Q.* 5. *princ. n* 34. Pinel. *d. P.* 2. *C.* 1. *n.* 3. quia substantia & effectus attendi debet, non sonus verborum. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 94. Fach. 2. *Contr.* 1.

14) Hot. 5. *Obs.* 21. Arbitrii duplex conditio (1) Ut in certam personam collatum eam non egrediatur. Ergo illa non arbitrante nihil actum *d. L. ult. d. L.* 25. *L.* 75. *Pro soc.* etiam in stipulationibus *L.* 43. *de V. O.* (2) Ut ubi pronunciatum est, ad viri boni æquitatem redigatur, id est, corrigatur in bonæ fidei negociis *L.* 24. *pr. Locati L.* 22. §. 1. *de Reg. Iur.* contra in stipulationibus, arg. *d. L.* 43. ubi plurib. de hoc arbitrio Donellus.

15) Quin nec conventio, ut res empta sit iusto pretio, valida, Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 9 Quæ sententia receptior, Pinel. *d. C.* 1. *n.* 19. *& seqq.* in eo tamen contra illam statuens, quod exinde nec secuta traditione oriatur actio præscriptis verbis, quia conventio ab initio nulla, traditione non firmatur *L.* 31. *pr. de acq. do.* Obstat *L.* 16. §. *ult. de pig. ad* Cuiac. *L.* 2. §. 1. *h. t.* Resp. ibi ius esse singulare, favore debitorum, ut facile repertantur qui credant. Pinel. *d. C.* 1 *n.* 25. cum Bart. & communi, substitere conventionem vendendi iusto pretio, illo non expresso, quando adhæret alteri contractui valido; non quando sola est. Valet autem venditio tritici, vini, &c. pro pretio quo communiter vendatur in foro illo die, Gomez. *d. lo. n.* 9.

16) Dissl. Pinel. *d. P.* 2. *C.* 1. *n.* 6. Gomez 2. *Resol.* 2. *n.* 19. & recte. Nec noster secum ipse convenit. Fatetur

veluti, fundus tibi emptus est, quanti æstimaveris? Probandum est ex eadem definitione superiore emptionem ita contrahi, ut si tu nullum pretium dicas, nulla sit emptio, quæ est sine pretio: si dicas, valeat emptio, in qua incipiat certum esse pretium; quod quærebatur. *arg. in L. hæc venditio*, 7. in princ. *D. de contr. empt.* Non obstat, quod dicitur, nullam esse obligationem in vendentis vel ementis collata conditione comparandi. *L. in vendentis, C. de contr. empt.* Utrum enim debeat quis, an non debeat, in potestate eius esse non potest: quid debeat, quantumve, aut quando debeat, potest esse in eius voluntate. *L.* 2. *§. Scævola, D. de eo quod cert. loc.* Exempla in *d. L.* 7. *de contr. empt.* & *§. pen. Inst eod.* Nam quod scriptum est in *L. quod sæpe*, 35. *§.* 1. *D. de contr. empt.* In huiusmodi conditionibus, quanti velis, quanti æstimaveris, quanti æquum putaveris, imperfectum esse negotium: adiicitur id tum ita esse, cum venditor id dicit emere volenti, qui nondum aperte in eam conditionem consenserit. Quod si quis consentiente emptore id dictum volet, imperfectum negotium sic accipiemus, non quod nullum sit, sed cuius conditio nondum extiterit. Conditionales enim venditiones, ante conditionem extitentem imperfectæ sunt, quæ tunc perfici dicuntur, cum impleta fuerit conditio. *L. hæc venditio*, 7 in pr. *D. de contr. empt.*

XIII. Finis emptionis proprius in rebus superioribus transferendis hic est, ut emptor pecuniam det, id est faciat accipientis: venditor autem nihil amplius, quam ut rem tradat: ut si quidem dominus est, dominium transferat ad emptorem: si dominus non est, solum præstare debeat emptori, rem traditam ei habere licere. *L. ex empto*, 11. in pr. *D. de act. em.* Hoc ita proprium emptionis, ut si quæ conventiones initio contra intervenerint de re transferenda, non videatur emptio contrahi. Duæ sunt autem conventiones superiori fini contrariæ: in quibus hoc ipsum licet cernere. Una, si dominio rei id agatur nominatim, ne ad emptorem transeat. Ideo placet hic emptionem non esse. *L. penul. §. ult. D. de contr. empt.* Rei quidem alienæ consistit emptio. *L. rem alienam*, 28. *D. eod.* Sed ideo, quia spes est nihilominus eam aut acquiri posse, venditore eam redimente, aut venditore emptorem tuente, posse haberi. Quod si hæc spes habendi adempta sit conventione, non potest intelligi emptio, quæ huc solum spectat, ut res paretur, seu acquiratur. Unde comparare pro emere passim legimus. *L. empti. L. invitum. L. in vendentis, C. de contr. em. L. multam. C. si quis alt. vel sibi.*

XIV. Altera conventio huius generis est, si convenerit, non modo ut res tradatur sed etiam nominatim ut detur, id est ut [17] dominium fiat accipientis, quæ huius verbi significatio est, *§. sic itaque, Inst. de act. L. ubi*, 75. *§. ult. D. de verb. oblig.* Efficit hoc quidem maxime hæc conventio, ut res paretur emptori: sed tamen adversatur & ipsa fini superiori & naturæ emptionis, qua id agitur solum, ut res emptori tradatur. Quamobrem & hæc species conventionis in eadem caussa habetur. Idque est, quod Celsus scribit in *L. ult. D. de condict. caus. dat.* si dederim tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, nullam hic portionem esse emptionis & venditionis: sed solam obligationem ob rem dati re non secuta.

XV. Quibus remotis, si de supra scriptis rebus ita convenerit, ut supra diximus, id est de re & pretio certo, hoc ut daretur, illa ut traderetur, emptio & venditio consensu perfecta est, quanvis nec res tradita, nec [18] pretium numeratum sit. *L.* 1. in fin. *D. de contr. em. Inst. de empt. & vend.* in princ. Adde quanvis ne arrha quidem data fuerit, ut adiicitur in eod. *Tit. Inst. de emption.* in princip. Nec quem moveat, quod sæpe arrha dari solet. Non enim eo datur, quia sit necesse, quasi inquit Caius, sine arrha conventio nihil proficiat; sed ut evidentius probari possit convenisse. De pretio. *L. quod sæpe*, 35. in princip. *D. de contraben. empt.* &, ut Iustinianus loquitur, ut sit argumentum emptionis & venditionis contractæ. *Tit. de em. & vend.*

XVI.

tetur enim huiusmodi conventioni inesse conditionem. Ergo per *d. L.* 13. *C. h. t.* Quin hoc modo esset in potestate emptoris etiam an velit esse obligatus ac pretium definire. Et refellitur Donel. ex *L.* 115. *pr. de V. O.* quæ probat & imperfectum dici quod nullum est & pecuniam deberi non posse, incerta quantitate, quod sic contingeret. Sic enim non uno nummo, vid. *huius Cap. N.* 9. tamen duobus tribus vel paucissimis liberaretur.

17) Vera ratio cur in *d. L. ult.* emptio non contracta. Cui & aliam iungit Cuiac. 23. *Obs.* 29. Propter duas rationes ait, non est emptio. (1) Quia pecunia non ut pretium, sed species ac corpus intervenit (quomodo & Vult. *in §. ult. I. de Mandato n.* 17.) (2) Quia hoc actum est ut dares, id est, ut meum faceres, quod docent seqq. *quia accipientis non feceris.* Dissen. Forcat. *Dial.* 49. *n.* 4. Aliter Duar. *ad tit. D. de cond. ca. data C.* 2. Alia & gravior difficultas habet *d. L. ult.* quæ alterius est loci.

18) Nec pretium numeratum. Duar. *h. t. C.* 2. Differt enim contractus implementum ab eiusdem constitutione, vid. supra *Lib.* 12. *C.* 10. *N.* 5.

XVI. Hactenus tamen conventio sola perficit emptionem, dum emptio *sine scriptis* fit habita, ut est in *L. 2. D. de contr. em.* Quod sic interpretandum est, dum non placuerit contrahentibus, ut emptio scripto mandaretur. Hoc enim additum est a [19] compositoribus Pandectarum propter constitutionem Iustiniani, qua cautum est in universum de contractibus omnibus, ut si placeat rem scripto geri, non aliter ratum sit, quod geritur, quam si scriptura in mundum redacta, subscriptionibus partium confirmata sit: aut si per tabellionem res agitur, etiam ab ipso completa sit, & ad extremum partibus approbata, *L. contractus, C. de fid. instrum.* Quod & ipse ita interpretatur circa emptionem, *d. tit. de empt. & vend.* in princ. Alioqui in scriptis habitam emptionem accipere possumus, eam de quo sine conventione instrumentum conscriptum est. Sed hoc cum fit, non eo minus emptio solo consensu perficitur. Non enim fiunt de rebus scripturæ, quasi necessariæ sint ad rem gerendam; sed ut per eas facilius res probari possit. Cæterum & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem. *L. 4. D. de pignorib. L. 4. de fid. instrum.*

XVII. Illud in constitutione superiore observatione dignum est, quod si quid eorum, quæ in scriptura emptionis præcedere debere diximus, servatum non sit, negat emptionem contrahi, & [20] teneri ea contrahentes: & tamen si futuræ emptionis caussa [21] arrha data sit, vult eum, qui emptione uti nolit, damno arrharum affici, ut emptor quidem, qui dedit, ab emptione recedens, eas amittat: venditor autem qui accepit idem faciens, arrhas in duplum [22] restituere cogatur. Quod quidem videtur cum prioribus pugnare. Quæ enim pœna esse potest adversus eum qui nihil deliquit, cum pœna sit delicti coercitio. *L. aliud est fraus, D. de verbor. signif.* Quæ porro culpa potest esse in eo, qui iure suo utitur? *L. nullus videtur, D. de reg. iur.* Et an non utitur iure suo, qui ea emptione uti non vult, quæ nulla est, & qua iure non tenetur? Unde igitur pœna superior, & an non superiori iuri adversatur? Respondeo; adversaretur, si Iustinianus in totum constitueret emptionem non valere, de qua convenit, ut scriptis comprehenderetur, nisi observata essent in scriptura ea omnia, quæ exigit. Nunc autem arrharum dationem excipit, ad quam usque emptionem valere vult, ut qui adversus emptionem fecerit, arrharum damnum faciat. Potuit autem Iustinianus legi suæ novæ, quod voluit temperamentum addere.

CAP.

19) Ita & Cuiac. *ad d. L. 2. §. 1.* volens ab iisdem similia verba *L. 4. C. de peric. & comm.* inserta esse.

20) Quia eo ipso tacite conventum videtur, ut recedere liceat, cum antea contractus cœptus, non perfectus, ea voluntate contrahentium haberi debeat. Nec potest conqueri alter de fide rupta, quam imo ipse potius violare videtur, dum libertatem pœnitendi, contra fidem conventionis, adimere nititur, argute Vasq. 1. *Ill Contr.* 28. *n.* 22. *& seqq* Ex huiusmodi quoque contractu agitur non ex tempore conventionis, sed scripturæ, Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 17.

21) Argumentum venditionis perfectæ vel perficiendæ *L. 35. pr. h. t.* ubi Cuiacius definitionem Connani taxat; cum ea est pretii pars quæ ab emptoribus firmandi contractus gratia repræsentatur. Nam pretii pars non est, cum sine ea fit emptio, nec in ea emptionis substantia. Adde quod in alia re quam nummis dari potest *L. 11. §. 6. de act. empt.*

22) Condictione ex lege per *d. L. 17.* ubi hæc pœna dicitur legitima. Si vero utriusque consensu solvatur emptio, actio ex empto ad repetendam arrbam *L. 11. §. 6. de act. empt. l. 2. C. Quan. lic. ab empt. reced.* Quod si impleatur venditio, arrha imputatur in pretium, si in nummis consistat *L. ult. de L. com.* Cuiac. 11. *Obs.* 17. *& ad L. 35. h. t.* Donell. noster *ad d. L. 17.* arrhas datas condicti ob caussam vel sine caussa repeti, alterum tantum autem condictione ex lege. Quid si in contractu sine scriptis arrha data, an resilire licet solo arrharum dispendio? Diversæ sunt opiniones, quas refert Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 18. ubi postremam referendo probare videtur quod liceat, modo non data fuerit pro parte pretii. Et Fachin. 2. *Contr.* 28. per *d. L. 17. in fin. d. pr. l. h. t. in f.* Utrobique enim par statuitur ratio emptionis, sine scriptis contractæ, cui accesserit arrha. Contra Old. *Progym. Cl. 4. Act.* 2. Wes. *in Par. hoc tit. n.* 9. Donell. noster *ad d. L. contractus* 17. (*illi* 16.) (1) Quia arrha confirmandæ non infirmandæ emptioni datur *L. 35. pr. h.* (2) Quia nunquam ea vis accessionis adiecta obligationi, ut ab ea recedatur, *L. 4. §. 4. de re iud.* 3. arg. *L. 6. C. de resc. vend.* & Bronch. 2. *Ass.* 54. ac A. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. *cir. fin.* Obiic. Qui nominatim re aliqua sibi cavet, cautione illa contentus, reliquis remediis renunciat, arg. *L. 15. §. 3. de precar. L. ult. Cod. de pact.* Resp. Donel. regulæ locus in remediis iure constitutis ut in *dd. LL.* non quibus quis sibi privatim cavet. Hinc qui stipulatus est rem tradi, & nisi tradat, pœnam, ab obligatione priore non recedit, *L. 28. de act. em.* Obiic. *d. pr l. d. L. 17. in fin.* Resp. Donel. ita hoc casu, arrhis amissis vel duplicatis redditis, recedi posse, si alter non refragetur, sed ea conditione concedat. Hopper. *Lib. 4.* [illegible] *pag.* 142. ita resp. Amissurus arrhas recedere potest in emptione sine scriptis, ea videlicet lege, quæ proportionem habet cum illa, quæ fit per scripturam, cui ab Imperatore coniungitur, scilicet ita demum si concepta quidem sit, sed non perfecta. Ex gr. vinum venit sub ea lege ut degustetur, arrha data, &c. & Ant. Fab. *d. C.* 8. ut bona comparatio fit venditionis factæ sine scriptis, & quia Imperator in *pr. l. h. t.* nihil se in venditione scriptis innovasse profitetur. Vid. & Fab. de Monte *Q.* 5. *princip. n.* 69. *& seq.* qui sibi in hac quæstione non satis constat.

CAP. II.

Empti & venditi obligatio quæ sit; quæ pro natura & potestate huius iudicii præstationes & actiones. Ac primum de venditore, quid is istius generis emptori præstare debeat ex empto. Tum de evictione.

I. Atque hoc modo fit & contrahitur ea species contractus, quam emptionem & venditionem vocamus. De obligatione empti & venditi, deque mutuis præstationibus, quæ in hac obligatione versentur, videamus. De iis loquor, quæ pro natura & potestate huius iudicii insint, de quibus nobis institutum est quærere. Cumque in hac specie duos obligari constet, venditorem emptori, & emptorem venditori; sit autem in eo præcipua caussa emptoris, cuius maxime gratia emptio contrahitur: de obligatione venditoris primum dicatur, ex qua possit intelligi, quid eum huic ipsi emptori præstare oporteat.

II. Et duo genera sunt earum præstationum, quæ pro natura obligationis venditi sine alia conventione a venditore exiguntur. Quædam enim versantur in re vendita, quædam extra rem. Et harum posteriorum rursum species duæ. Positæ sunt enim quædam in commodis rei venditæ; quædam in stipulationibus quibusdam ad cautionem emptoris in re vendita comparatis.

III. Earum præstationum quæ a venditore in re vendita citra aliam conventionem exiguntur, quatuor sunt capita. Primum, ut rem venditam tradat emptori: Secundum, ut ita tradat, ut traditam emptori habere liceat, ne evincatur: Tertium, ut dum emptor rem habebit, habeat incorruptam, & quoad fieri ex bona fide potest, omni servitute atque onere liberam: Quartum, ut quidquid de re vendita dixit venditor, etiamsi non promiserit, id præstet emptori.

IV. Illud primum, ut dixi, ut venditor rem ipsam tradat. *L. ex empto*, 11. in pr. & §. *venditorem*, in fin. *D. de act. empt.* Quod quidem a iure proficisci, non etiam a conventione empti & venditi apparet. Venditur enim res simpliciter: ut transferatur quidem possessio in emptorem; non tamen ita, ut de dominio

nio rei, aut de iure solum habendæ rei quidquam exprimatur. At hoc posterius placuit, iure scilicet præstationem propter utilitatem conventionis ita interpretante; quoniam alioqui dominii translationem exigentibus nobis sæpe interciderent venditiones, aut non consequeretur emptor de re empta, quod cupit; cum ut plurimum accidat, ut qui vendit, non sit dominus, etsi se putat, aut certe an sit dominus, sit incertum. De quo plura infra in emptoris obligatione, quem dicimus debere facere pretium accipientis. Ut merito inde quæratur, cur amplius in hac præstatione ab eo exigatur. Est autem hæc obligatio, ut apparet, in faciendo. Ideo exitus hic, ut si res vendita non tradatur, teneatur & condemnetur venditor in id, quod rem habere [1] emptoris interest. *L.* 1. in princ. *d. L. ex empto, §. idem ait, D. de act. empt.* quod in omnibus faciendi obligationibus generaliter observatur. *L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re iud. L. stipulationes*, 72. vers. *Celsus, D. de verb. oblig.*

V. Et hoc ita esse constat, quandiu res exstat, qualis vendita est, quam & venditori per rerum naturam tradere possit, neque tradit. At quid, si perierit aut deterior facta sit, ut iam per rerum naturam aut tradi non possit, aut non talis, qualis est vendita. Hic quæstio introducitur de periculo rei venditæ ad utrum pertineat, venditoremne, an emptorem. In qua illi Titulo locus est, qui inscribitur *de periculo & commodo rei venditæ, D. & C.* Sed sciamus quæstionem esse non emptionis propriam, sed universi generis contractuum omnium, in qua quæritur, re debita perempta aut deteriore facta, utrum debitor etiam nunc teneatur quasi re exstante: an vero liberetur, quasi præstatione impossibili facta, a qua obligatio incipere non potuit. *L. impossibilium. D. de reg. iur.* Quæ quæstio cum ad liberationes pertineat, ibi de ea in commune dicetur, ne idem sæpius & ubi non est locus, inculcare cogamur. Si quis tamen hic summam requirit eorum, quæ de hac specie in libris nostris tradita legimus, hæc est: cum in emptione & venditione utriusque partis utilitas versetur, venditorem ante, quam rem tradat, pro communi similium contractuum lege in re vendita servanda tuendaque custodiam & diligentiam præstare debere: eamque non quantam suis rebus adhibet, si forte alius sit eo diligentior, sed qualem bonus paterfamilias suis rebus solet, idest exactam: tantum ut casus fortuitus sit excusatus. *L.* 2. *§.* 1. *L.* 3. *L. si vendita, D. de per. & com. rei vend. L. venditor*, 36. *L. pen.* in pr. *D. de act. empt.* Sed ante quam res sit tradita, inquam. Nam postquam tradita est, fit emptoris, ideo & periculo eius esse incipit, *d. L. venditor, de act. empt. L. quod si §. 1. de per. & comm. rei vend.* Lex, ut dixi, omnium contractuum & obligationum similium communis, tradita in *L.* 5. *§. nunc videndum, D. commod. L. contractus, D. de reg. iur. L. si servus*, 108. *§. cum quid, D. de leg.* 1. Cui consequens est, ut sive res vendita perierit, aut deterior facta sit, sive quid accedere potuerit, neque accesserit ante traditionem: si quidem contigerit casu, venditor non teneatur, sed periculum sit [a] emptoris-

[1]) Gravis altercatio est de præcisa venditoris, aut alternata obligatione, tracta olim inter Martinum & Ioannem antiquos glossographos, multumque a multis magna contentione agitata. Quam plenius excutere hic non licet. Consentiunt nostro Placentin. *de Variet. act. Lib.* 2. *Tit.* 22. Covar. 2. *Var. Resol.* 19. *n.* 1. Vaud. 1. *Q.* 9. Charond. 3. *Verisim.* 12. Fachin. 2. *Contr.* 30. Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 65. *&* 3. *seqq.* Contra verius, ac æquius Cuiac. *in L.* 72. *de V. O.* Old. *Cl* 4 *Act.* 1. *n.* 7. Coraf 2. *Misc.* 3 *n.* 7. Gomez. 2. *Resol.* 10 *n.* 22. *cir. fin* Moz *Col.* 4. *de Natural. emptionis n.* 26. *& seqq.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 3. *n.* 25 Fab. de Monte *Q. pr.* 6. *n.* 38 *& seqq.* Vult. *in pr. l. h. t. n.* 81. Bron 2. *Ass* 57. Andr. Clud. *de Condict. C.* 1. *n.* 71. Busius *ad L.* 1. *de act. empt.* Scite A. Fab. 6. *Coniect.* 2. Quod præstatur interesse, empti iudicio, non fit vi & potestate obligationis, sed æquitate iudicii, quod bonæ fidei est, & eam tantum ob caussam, quod obligationi non satisfecerit. Si non cogitur tradere præcise, melior erit eius conditio, quam, si ex stricto stipulationis contractu debeat *L.* 75 *§. ult. de V. O.* Mala fide rem retinet, quam præstandi facultas est. Hoc autem ex bona fide est, ut si renuat tradere, liceat emptori petere quicquid interest *d. L.* 1 *pr. d. act. empt.* Quod si rem ipsam habere malit: eadem bona fides facit ut præstetur illi, si possit. At tradere facti est resp. A Fab *d. loc* Sed non est commoni genere, ad quæ quis cogi nequit sine vi. Alioqui nec ad dandum præcisa erit obligatio, cum dati res, ut dominium transferatur, nequeat, nisi tradatur. Ratio cur in facti obligatione præstatio interusurii liberet, ne libero homini vis fiat, hic deficit. Quin hic non tam agitur ut factum interveniat venditoris, quam ut emptori acquiratur possessio, quod & iudicis auctoritate manu militari fieri poterit *L.* 68. *de R. V.* Quin & vulgata DD assertio est, quando factum facile & temporis momento expediri potest, debitorem ad id præcise teneri, per Auctorit. all. a Zoan. *ad L.* 2. *C. de pact. int. empt. n.* 73. Sane aperte iniquum est, si venditor tradendi facultatem habeat, sed præstare recuset, ex fraude istius fidem conventionis adimplere nolentis, emptorem innocentem probationi difficillimæ eius quod interest adstringi. Probatur hæc sententia, & ex *L.* 68 *§. ult. h. t.* & *L.* 46 *de act. empt.* ubi verba *cogetur implere* arguunt absolutam tradendi necessitatem, quia illa oritur ex superventione dominii, cum facultatem tradendi tunc consequitur, quam antea cum venderet, non habuit. Ad interesse enim tenebatur etiam priusquam heres fieret; & Paul 1. *Sent.* 13. §. 10. Quin ex *L.* 6. *C. de rescind. vend.* firma mihi videtur illatio. Duplo pretio oblato emptor recedere ab emptione non cogitur *d. L.* 6. Atqui æstimatio eius, quod interest in venditionibus duplum excedere nequit *L. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.* Ergo &c.

[a]) Dissent. tamen a recepta fere omnium traditione, & aperto iure munita, Cuiac. 8 *ad Afric. in L.* 33 *locati* per eam legem ad quam varie. Resp. Henric. a Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 33. Hopper. *Lib.* 4. *seduariis pag.* 198.

Pac.

ptoris. Sin culpa, & vel levissima negligentia venditoris, id omne venditor præstare debeat. *L. quod sæpe*, 35. *§. si res D. de contrah. empt. L. si ea res*, 31. *L. venditor*, 36. *D. de act. empt. L. si vendita, de per. & comm. rei vend.* Ita tamen, nisi re a venditore oblata emptor in ea accipienda moram fecerit. Quo facto incipit dolus solus a venditore præstari, quanvis ipse prius interpellatus moram fecisset in re tradenda, ut sic posterior mora auctori suo noceat. *L. illud, D. de per. & comm. rei vend.* Eadem dicemus, si futuris rebus venditis, puta fructibus fundi, aut fœtu pecorum, aut ancillæ partu, id egerit venditor, ne ea nascerentur, ut sic de his non minus ex empto teneatur. *L. nec emptio*, 8. *D. de contr. empt.*

VI. Sed redeo ad res venditas, quæ debentur. De his, ut dixi, hæc prima venditoris obligatio est, ut tradi debeant emptori. Qua parte hæ duæ quæstiones occurrunt, interdum appellatione rei venditæ quid contineatur: semper autem quid sit tradere. Prior illa ut plurimum in ædibus & fundo aliquo venditis, dum hoc quæritur, quid sit ædium, quid fundi, ut hoc totum in eamdem præstandi obligationem veniat. Id vero fuse explicatur in *L. Iulianus*, 13. *§. ult.* & quinque *LL.* seqq. *D. de act. empt.* inde petendum. De tradendi autem verbo si quæritur. Verbum sic accipitur, ut sit non simpliciter de manu in manum tradere, aut deducere emptorem in nudam detentionem rei, sed tradere vacuam possessionem. *L.* 3. *§. primo, D. de action. empt.* Vacuam intelligere debemus, quæ ab omnibus non solum veris possessoribus, sed etiam iis, qui quoquo iure rem teneant, vacua est: ut si alius sit in possessione eius rei, vel rei servandæ caussa ut creditores, vel legatorum seu fideicommissorum nomine; non sit vacua possessio. *L.* 2. *§. ult. D. de action. empt.* Eoque nec videatur res tradita, quæ his in possessione manentibus tradita fuerit. Unde intelligitur eamdem hic quoque manere emptori actionem in id quod interest, quasi re non tradita.

VII. Secundum caput huius generis præstationum superiori proximum est, ut venditor non solum ab initio vacuam possessionem tradat emptori; sed etiam ita tradat, ut in posterum quoque perpetuo rem emptori habere liceat, ne evincatur scilicet ob id, quia forte res aliena fuerit, aut pignori obligata: quibus de caussis iure proprietatis a domino, iure pignoris a creditore evinci potest. Indicatur hoc caput præstationis in *L. in vendendo*, 66. *D. de contrah. empt. L. venditor*, 8. *D. de evict. L. ex empto*, 11. in princ. & *§. idem Neratius, D. de act. empt.* Et vero hoc ipsum etiam tradendi verbo continetur. Iam enim dixi tradere esse vacuam possessionem tradere. Non videtur autem tradita possessio, si quis eam iure avocaverit. *L.* 3. in princ. *D. de act. empt.* Huc etiam pertinet, quod traditur in *L. in conventionalibus*, 52. *§.* 1. *D. de verb. obligat.* his verbis vacuam possessionem tradi spondes? non nudum factum contineri, sed caussam bonorum. Hoc enim significatur his verbis, ita rem tradi debere, ut traditio ista sit nobis caussa bonorum, idest caussa qua fiat, ut res nobis tradita in bonis nostris habeatur, seu habeatur pro nostra. Quod ita fit, si nobis eam habere licebit ita, ut invitis nobis eam alii tenere non liceat. *L. rem in bonis, D. de acquir. rer. dom.* Hinc evenit, ut priusquam res evincatur emptori, nullus sit regressus emptori adversus venditorem; quia emptori rem habere licet, atque ita fit, quod venditor debuit. Contra autem ubi res evicta est, continuo fit actio emptori adversus venditorem ob evictionem. Quam ad rem & venditorem obligari diserte scriptum est in *d. L. ex empto*, in pr. *de act. empt.* quo magis licet huius captis obligationem iure certo constitutam agnoscere. Atque hic fons est evictionis, hic de ea cognoscendi locus. De qua parte iuris scripsi iam olim ex professo, & quantum is locus ad iustam explicationem iuris de eo recepti postulare videbatur; extatque commentarius in 3 operibus nostris prioribus, unde plura & certiora ad hanc partem pertinentia, si quis vult, petere licebit. Nunc ne quid desit, sufficiet locum attigisse. In quo ideo quam paucissimis fieri poterit, summam rerum perstringam.

VIII. Evincere rem emptori, est rem venditam iure iudicioque ei auferre. Nomen ex constitutione iudicii. Nam iudicio contenditur, certaturque de victoria inter litigatores. In qua contentione vincit

Pac. 5. *Enant.* 9. expeditius A. Fab. 2. *Coniect.* 4. Vinc. Cabot. 1. *Disput.* 25. ad quos, quia hic omnia expedire non licet, remitto.

3 Constitui enim si res meæ ferent, eorum epitomen cum aliis quibusdam posteriori parti subiungere, sive seorsim post eam in publicum mittere. Libuerat quidem, idque facilius erat, ex eo tractatu *hic* & *Cap. seq.* de evictionibus & ædilitio edicto interserere quæ deficiunt loco maxime suo. Sed veritus sum ne iustum voluminis modum pars hæc prior excederet.

cit is, secundum quem iudicatum est. Unde actor qui in iudicio proprietatis rem aufert ab emptore possidente, recte dicitur vincere ab emptore, quod petit, id est rem petitam. Hoc autem est uno verbo rem evincere. Ut ergo res emptori evicta intelligatur, quo nomine sit actio emptori adversus venditorem, tribus his rebus continetur; ut res sit ablata emptori; ut ablata iudicio; ut iudicio & iure ob id quod res aliena esset, aut pignori obligata vendita.

IX. Illud ante omnia exigit evictio, ut res auferatur emptori. Seu ut emptori spes omnis habendæ rei abscissa sit. Quæ si illi aliqua supererit ante ablatam vel abductam rem, nulla est ei de iure habendæ rei actio; quia rem habere ei licet. *L. evictus*, *L. habere*, *D. de evict.* Ideo nec quæstione de proprietate emptori mota, interim venditor conveniri potest vel ad pretium restituendum. *L.* antep. *§. 1. D. de evictiοn.* Quanto minus, si nulla lite mota, res aliena vendita esse dicatur, quanvis dicatur id certis rebus postea constitisse? Sane si quis alienum vendiderit sciens, quia decepit emptorem, ob dolum statim empti iudicio tenebitur in id quod emptoris interest. *L. ex empto*, *§. Cassius*, in fin. *L. tenetur*, 6. *§. ult. D. de act. empt.* Sed etsi dominii quæstione mota non potest agere emptor adversus venditorem, potest tamen interdum retentione uti. Nam si ante pretium solutum dominii quæstio mota sit, iuste emptor pretium solvere recusabit, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis nomine offerantur. *L.* pen. *§. 1. D. de per. & com. rei vend.*

X. Secundum exigit evictio, ut res ablata sit iudicio, dum sententia iudicis pronuntiatum est rem venditam esse petitoris, aut illi pignori obligatam. *L. non tamen*, *D. de evict.* atque hinc etiam evincendi verbum; ut dixi. Quare sive vis aliena sine iudicio rem abstulit emptori, sive ipsius voluntas, cessabit ob evictionem actio. Vis aliena; ut si ager venditus principis iussu ablatus sit, & aut distractus, aut militibus assignatus. *L. Lucius*, 11. *D. de evict.* Emptoris voluntas; ut si servum priusquam alienum esse cognosceret, manumiserit; *L. si servum*, 25. *D. eod.* si rem traditam pro derelicto habuerit; *L. ult. eod.* si conventus a vero domino rem illi citra iudicis disceptationem restituerit. *L. si cum quæstio*, *C. eod.* & si quæ sunt alia huius generis.

XI. Tertium proprium evictionis, non solum ut res auferatur iudicio, sed etiam petitoris iure, vel quia res eius fuerit, cum vendita est, vel quia illi obligata pignori. *L. si non iniuria*, *C. eod. L. Herennius*, *§. 1. D. eod.* Hoc iure res iudicio evicta videbitur, si non alia res probabitur caussam dedisse evictioni. Quod si probabitur, nulla erit ob evictionem actio. Tres res aliæ, quam superiores, evictioni caussam dare possunt; culpa emptoris, iudicis iniuria, publicatio rei venditæ. De prioribus duabus nulla dubitatio, quin utra earum rerum quid evictum erit, non sit actio eo nomine adversus venditorem. *L. 1. C. de rer. permut.*

XII. Culpa triplex emptori obiici potest, cur victus sit de re vendita. Totidem caussæ ad inhibendam actionem pro evictione. Principio lite ei mota, iubetur in primis laudare auctorem suum, id est denuntiare venditori sibi litem motam, petere ut ad agendam caussam adsit. Id si non facit, placet venditorem ei ob evictionem non teneri. *L. auctore. L. emptor. L. si cum quæstio*, *C. de evict.* Nempe quia hac denuntiatione omissa, emptor sua culpa vinci intelligitur. Cum enim agatur de re venditoris, potuit is melius scire, quid hic sui iuris esset, quas ad rem venditam tenendam defensiones aut probationes haberet. Quæ ideo emptori amissæ sunt, quia venditori in tempore non denuntiavit, ut ius suum tueretur. Denuntiare emptor venditori non præcise & omnimodo cogitur: sed ita demum, si venditor præsens sit. Sed etsi per præsentiam fiat, quominus ei denuntietur, nihil nocet omisisse denuntiationem. *L. si ideo*, 55. *§. ult. D. de evictiοn.* Quo tempore denuntietur venditori, ut de re agenda adsit, statimne, an post litem contestatam, nihil refert: dummodo denuntietur tempestive ante rem iudicatam, ut sit venditori satis temporis ad expediendas sui iuris defensiones. *L. si rem*, 62. *§. ult. D. de evict.*

XIII. Proxima culpa emptoris est, si absente auctore, aut auctoritatem, seu defensionem defugiente, emptor ipse iudicio non adsit. Nam dum venditor adesse volet, & caussæ defensionem suscipere, nihil necesse est emptorem in re aliena satagere. At si venditor defensionem negliget, tum hoc ex bona fide iniungitur emptori, ut ipse saltem caussam agat, ut potest, & si quas habet defensiones aut ex persona sua, aut ex persona venditoris, his utatur, quoniam & iure uti potest. *L. emptori*, *C. de evict.* Si secus facit, placet re evicta denegari ei actionem, tanquam magis sua culpa victo, quod abesset,

abesset, quam quod malam caussam haberet. *L. emptor, C. eod. L. si ideo*, in princ. *D. eod.* Hoc tamen ita, nisi res evicta sit a venditore ipso. Quem quidem vindicaotem quod ipse vendidit, constat exceptione doli mali posse ab emptore summoveri. Si tamen hac exceptione omissa passus sit emptor se condemnari, placet nihilominus venditorem evictionis nomine conveniri posse. *L. vindicantem*, 17. & 2. seqq. *D. de evict.*

XIV. Tertia culpa emptori obiici potest, quanvis & denuntiaverit auctori suo, & illo recusante sedulo caussam egerit, si exceptione aliqua, quæ ei ex facto suo obstaret, remotus sit. Quamobrem & hoc casu regressum adversus venditorem non habet. *L. hoc iure*, 27. *D. de evict.* Quippe factum illi suum, non adversario nocere debet. *L. factum, D. de reg. iur.* Finge, inter emptorem, & eum, qui de proprietate nunc litem movet, fuisse aliquando controversiam de eadem re. Transactum inter eos, ita ut pacisceretur emptor se de ea re nunquam actori controversiam moturum. Si iterum reperiatur emptor eamdem rem possidere, & exsistat vetus ille actor, qui eamdem illam ab emptore petat: dicemus, si petitor emptorem aliis defensionibus, quanvis iustis utentem, replicatione superioris pacti removerit, nihil hoc nociturum venditori, quia facto & culpa emptoris evictio contigerit.

XV. Quod facit culpa emptoris, id facit iniuria iudicis, ne evictio venditori noceat. *L. si non iniuria, C. de eviction. d. L.* 1. *C. de rer. perm.* Neque hic quidquam interest, utrum pecunia corruptus iudex, aut alius dolo malo male iudicaverit, an imperitia, & errore. *L. si per imprudentiam*, 51. *D. de eviction.* Si quæritur, quomodo hic probetur corruptela iudicis, aut imperitia, non est in eo anxie laborandum. Probatio semper patebit ex actis caussæ. Nam si actor allegaverit præscriptionem longi temporis, quam & probaverit; si actor opposuerit exceptionem rei adversus eum quandoque iudicatæ de eadem re, aut exceptionem pacti conventi, ne eam rem peteret, & iudex harum exceptionum rationem non habuerit: satis argumenti est iudicem iniuria iudicasse. Cum de eius iniuria constabit, nihil necesse est quærere, utrum sordibus, an imperitia male iudicaverit: cum utrum horum factum sit, oihil interesse dixerimus.

XVI. Publicati fundi venditi paulum diversa caussa est. Hoc dissidet, quod cum fundus venditus, prius quam traderetur, publicatus est, non tenetur venditor in id quod emptoris interest quasi evicto fundo. *L. si fundus*, 33. *D. locat.* Non enim ideo ablatus est, quia venditoris non esset, cum venditus est: sed contra ideo ablatus, quia erat venditoris. Sic autem evinci oportet, quasi alienus fuerit. *d. L. Herennius*, 63. §. 1. *D. de eviction. L. si fundum, C. eod.* Illud convenit, quod fundo publicato, saltem hactenus tenetur venditor, ut pretium restituat. *d. L. si fundus, D. locat.* Merito: nonnulla enim eius culpa est, quod sit evictus. Quod si in aliis partibus omnibus venditi culpam præstare debet: *L. si vendita, D. de perm. & com. rei vend.* æquum est eum hanc ipsam saltem hactenus præstare, ne pretium retineat pro re, quam culpa sua non præstitit.

XVII. Quibus remotis, & similibus, quæ evictioni contraria esse diximus, si tria illa concurrent, ut res emptori ablata sit; ut ablata iudicio; ut ablata iure, quia res iam ab initio in ea caussa fuerit, ut emptori avocari posset: tum demum res evicta est ita, ut quærimus, estque eo nomine emptori actio ex empto ob evictionem adversus venditorem sive tota res, sive pars evincatur *d. L. ex empto* in pr. *L.* 1. *D. de evictlon.* Partem hic intelligimus ooo tantum corporalem, sed etiam partem emolumenti rei, veluti usumfructum, ut si forte is in re vendita alienus fuerit, & ab eo, cuius erat, evictus emptori, etiam huius nomine actio competat ob evictionem. *L. nave*, 36. *L. vaccæ*, 43. *D de evictlon. L. stipulatio ista*, 38. §. *si quis forte, D. de verbor. obligat.* Quare & de eo quod emptioni accessit, si evictum sit, eadem erit actio: postquam ita placuit, quod emptioni accedit, partem venditionis esse. *L. quod si nolit*, 31. §. *ult. D. de ædil. edict.* Quinimo & in actione ex empto, quoniam placet hominem vendito non tantum hominem, sed & partum ancillæ, & si qua hereditas aut legatum per servum acquiri potest, omne emptori præstari debere, ut habere ei liceat: etiam illud probandum est, si quid de his evictum sit, agi ex empto posse. *L. venditor*, 8. *de evict.*

XVIII. Est autem actio ob evictionem non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed in id quod emptoris Interest. *L. evicta*, 70. *D. de evictlon.* In quo continetur non tantum res vendita, sed etiam quæ inde nata, quæsitave sunt, aut acquiri postea potuerunt, *d. L. venditor. de evictlon.* Item & pretium rei, non quanti emptor emit, sed quanti alii vendere potuit,

potuit, ut id pretium certo ex re vendita consequeretur. *L. 1. in princ. D. de action. empt.* Ut, si emerit ædes mille, & tunc evictæ sint, cum certo vendere potuerit duobus aut tribus millibus; etiam huius commodi ratio habebitur in æstimatione eius quod interest.

XIX. Interdum tamen ob evictionem cessat actio, quamvis re legitime evicta ita, uti supra dictum est. Quod accidit partim emptoris culpa, partim quia id actum est. Culpa emptoris obstat ei, si scivit rem venditam alienam esse aut pignori obligatam, & nihilominus emit. *L. si fundum, C. de eviction.* Apparet enim eum qui id faciat, rem talem emere, qualis est; ut si postea ea evincatur, ipse de se queri debeat, qui a se decipitur, non a venditore. Argumen. in *L. 1. in fin. D. de act. empt. L. nam si actor, 26. D. de rei vindicat.* Adeoque eum qui ita sciens emat, placet regressum adversus venditorem ob evictionem non habere, ut ne repetere quidem possit, quod dedit, nedum agere in id quod sua interest; nisi si nominatim de evictione sibi caverit. Hoc in *d. L. si fundum, Cod. de evictio.* Ubi autem actum est, ne venditor evictionem præstaret, illic constat conventionem esse servandam ex generali edicto de pactis, cum sit pactio de re privata & familiari. *L. iuris gentium, §. ait, §. si paciscar, D. de pact.* Ex hoc fonte placet venditorem tribus his in caussis non teneri re evicta.

XX. Primum tunc, cum rem vendidit non ut suam, sed ut vectigalem, aut superficiariam, aut pignoris iure sibi obligatam; deinde dominii iure evicta est ab eo qui dominus erat. Apparet enim id actum, ne venditor amplius quid præstaret, quam id ius, quo sibi rem defendebat. Ideo hoc casu placet eum non teneri nec ad pretium restituendum. *L. ex empto, 11. D. de act. empt.*

XXI. Sed nec tunc tenetur venditor, cum iactus retis, aut captus missilium emptus est, si quid ex iis, quæ in captum inciderint, evictum sit. Eadem illa ratione, qua id actum intelligitur, inquit Pomponius in *L. nec emptio, 8. D. de contra. empt.* Intelligitur autem ex verbo capiendi, quo constant hæ venditiones. Nam & iactu retis, & captu missilium intelligitur venditum esse emptori, quidquid hic captum esset a venditore. Capi porro ea dicuntur, quæ mansura sunt, non quæ sunt aliena, & a nobis avocari possunt. *L. aliud est capere, D. de verbor. significat.* Quocirca quidquid hic captum est, quod iure gentium potuit occupari, cum nullius esset, id fit ita emptoris, ut evinci non possit. Quod si in eum captum inciderint res aliquæ privatæ aut naufragio amissæ, aut errore vel iniuria missæ ab iis, qui missilia iactabant in vulgus; nihil earum rerum desinit esse priorum dominorum. Quo fit, ut & ab his vindicari possint, *§. ult. Instit. de rer. divis.* Sed ideo non præstant actionem de evictione, quia non sunt ex numero rerum vere captarum, de quibus in venditione actum est.

XXII. Postremo si aperte convenerit, ne venditor evictionis nomine teneretur, nemo dubitat, quin aperta hæc conventio omnium maxime servanda sit ex edicto de pactis. Sed ne nos fallat, quasi omnimodo servanda sit, & ita servanda, ut superiores: quod sane quia aperta est, multo magis de ea dicendum videbatur: monendi sumus utrumque contra esse: quod docet Ulpianus in *d. L. ex empto, §. ult.* illic, *ibidem. D. de action. empt.* Nam primum sciendum est hanc conventionem nihil prodesse venditori, si forte sciens alienum vendat: Tunc enim debuit potius indicare id emptori. Quod quia dissimulavit, quacunque conventione voluerit sibi cavere, decepit emptorem. Semper autem dolum bonæ fidei iudicio præstari oportet. Hoc in *d. L. ex empto*, in fin. *L. 1. §. ult. L. tenetur, 6. §. ult. D. de act. empt. L. ea quæ, 43. §. ult. D. de contr. empt.* Tum autem ut maxime venditor ignoraverit rem alienam esse, de cuius evictione supra sibi cavit se non teneri; tamen in *d. L. ex empto, §. ult. D. de act. empt.* de sententia Iuliani scriptum est, effici quidem hac conventione, ne utilitas debeatur, id est ne teneatur venditor in id quod emptoris interest, ne scilicet conventio sit inutilis; cæterum re evicta pretium saltem ab eo deberi. Hoc quidem ex verbis contra videri poterat, cum generalis sit conventio, ne venditor teneatur. Sed cum in generali oratione semper excipiatur, quod sit iniquius, & naturæ contractus minus conveniat, quasi de eo contrahentes non senserint: *L. si cui. D. de serv. L. in omnibus quidem. L. quoties idem, D. de reg. iur.* recte conventio superior ita accepta est, ut non viderentur contrahentes de pretio etiam non reddendo sensisse, quia a bonæ fidei contractus natura & æquitate esset alienum. Et hoc est, quod pro ratione huius sententiæ eo loco adfertur; neque enim bonæ fidei contractum hac pati conventione, ut emptor rem amitteret, & pre-

pretium venditor retineret. Plura de sententia eius loci scripsi initio commentarii de Ædilicio edicto huc pertinentia, ut intelligatur eam sententiam sequentibus verbis eiusdem loci non mutari, ut & Accursius eum locum recte accepit. Quod & alii plerique probant.

CAP. III.

De Ædilicio edicto: ideſt de morbis & vitiis rei venditæ; de ſervitutibus item, & tributis rei impoſitis, deque eo quod venditor de re dixit. Quid ex his venditorem emptori præſtare oporteat, quatenus & quibus actionibus.

Continuatio. Vendita res incorrupta debet esse, & ab omni onere libera. I.

Integritatis eius, & libertatis incommoda quatuor. Horum caussa duplex: & alia, atque alia præstatio venditoris. II.

Morbum vitiumve rei venditæ præstat plerumque venditor. III.

Quominus præstet, tria impediunt: & quæ. Singula breviter exponuntur. IV. V.

Eorum nomine, quæ præstare tenetur venditor, triplex actio adversus eum prodita VI. XVIII.

1. *Actio redhibitoria. Duæ illius partes, seu duo in illa emptoris & venditoris munia.* VII.

Emptoris, ut quædam redhibeat, & de illis certo nomine careat. Qualis horum redhibitio & cautio. VIII.

Venditoris, ut pretium, & quidquid accessionis vice fuugitur præstet; secus eo nomine condemnetur; & quomodo. IX.

Non est hæc actio perpetua; & quo temporis intervallo finiatur. X.

2. *Actio quanti minoris. Qualis hæc; & cuius temporis.* XI.

3. *Actio in id quod interest. Quæ illa. An ex omnibus, quibus utraque superior, caussis admittatur.* XII.

Quæ hic Iuliani *distinctio; & quomodo ex edicto petita.* XIII. XVIII.

Exceptio. XIV. XV.

Morbi, vitiive nomine animi vitia præter edicto comprehensa nominatim non contineri; & quot illa; & quæ. XVI.

Tributa & onera rei venditæ, si ignoravit venditor, non tenetur; si sciens celavit servitutem, tenetur, quanti minoris. Quæ tributorum a morbis differentia. XVII.

Quod dictum in specie, & ut certum, præstari a venditore. Secus quod generatim. XIX.

Quid si quid dictum in specie, sit aperte falsum. XX.

Fundi modus maior quam sit re ipsa dictus a venditore, quibus ex caussis minime præstetur. XXI.

Quæ pro dicto habeant Ædiles in venditione iumentorum. XXII.

I. Tertium caput præſtationum huius generis de re vendita eſt, non ſolum ut res ita tradatur, quo eam habere liceat; ſed etiam quo eam recte habere liceat. Id eſt ut tradatur incorrupta, & ab omni onere rei ius minuente libera, quoad eius ex bona fide fieri oportet. Sed hic non una & eadem obligatio eſt venditoris. Uti ſunt incommoda rei inhærentia, ita eorum nomine diſſimiliter venditor obligatur.

II. Huius generis incommoda ſunt quatuor: duo uſum impedientia, morbi & vitia rei venditæ: duo ius minuentia ſalvo rei uſu, ſervitutes, & tributa rei impoſita. Alia de morbis & vitiis rei venditæ venditoris obligatio eſt, alia de ſervitutibus & tributis. De morbis & vitiis rerum venditarum cautum eſt Ædilicio edicto, idque ita receptum eſt, ut eſſet de venditionibus rerum tam earum, quæ ſoli ſunt, quam quæ mobiles aut ſe moventes. *L.* 1. ſtatim in pr. *D. de æd. edict.* Itaque ei edicto hic locus eſt. Cuius reſtitutionem & explicationem fuſiorem lector ſumere poterit ex commentario noſtro, quem iam olim in eum titulum edidimus, extatque & ipſe inter opera noſtra priora. Nunc quod feci ſupra in evictionis quæſtione, etiam hic faciam: ius ipſum de hoc genere obligationis & præſtationis breviter & nude, diſtincte tamen proponere contentus ero.

III. Qui morboſam aut vitioſam rem vendidit, interdum ob morbum vitiumve non tenetur, interdum, idque fre-

quentius, tenetur. Cumque accidit, ut teneatur, non una hic præstatio est venditoris, non una adversus eum actio eo nomine prodita.

IV. Quominus ob morbum vitiumve rei venditæ teneatur venditor, tria faciunt; caussa extranea, persona venditoris, res vendita. Caussæ communes ad omnem venditorem, & omnem rem venditam pertinentes, propter quas ob morbum aut vitium rei venditor non tenetur, sunt tres. Prima, si venditor sciens, quid morbi, vitiive sit, moneat emptorem, & quidnam id sit, palam & recte pronuntiet. Idque edicto expressum est. *L.* 1. *D. de æd. edict.* Altera caussa est, si venditor morbum aut vitium ignorans, & tamen metuens, ne aliquid existat postea, nominatim sibi caveat, & paciscatur, ne morbi vitiive nomine, si quod erit, teneatur. *L. quæritur*, 14. §. *pen. D. de ædil. ed. L. pacisci, D. de pact.* Sed meminerimus hanc conventionem ignoranti venditori tantum prodesse, scienti nunquam: cuius fuit, quæ novit specialiter indicari emptori, ne is decipiatur. *L. quæro*, 39. *D. de act. empt.* Tertia est, si vitium ita sit evidens, ut sit in conspectu cuiusque. Ut, si equus palam cæcus aut claudus veneat: non tenetur venditor, etiam si de vitio nihil dixerit, neque sibi caverit. Non enim necesse est moneri emptorem, qui vitium, palam quod erat, non ignoravit. *L.* 1. §. *si intelligatur*, *L. quæritur*, 14. §. *ult. D. de æd. ed.* Omnes hæ caussæ ex eo, quia his efficitur, ne emptor ob morbum vitiumve decipiatur. Est autem hoc solum propositum Ædilibus, ne decipiantur emptores. *d. L.* 1. §. 1. §. *si intelligatur*, *de æd. ed.*

V. Interdum sine alia caussa, quæ extrinsecus venditorem excuset, sola venditoris persona actionem de morbis, & vitiis rei venditæ excludit. Id fisco tributum est in suis venditionibus. Sed soli fisco, non civitatibus, ac ne pupillis quidem. *L.* 1. §. *illud*, *D. de æd. ed.* Res quoque vendita interdum easdem actiones, quæ de vitiis morbisve aliarum rerum proditæ sunt, non admittit. Receptum id in simplariis venditionibus. Hactenus tamen ut placeat in his redhibitioni locum non esse ex edicto, cæteras autem actiones competere, de quibus mox dicetur. *L. si tamen*, 48. §. *ult. D. de æd. ed.* Simplarias venditiones veteres vocant, venditiones rerum mobilium contemptibilium, & nec pretiosarum, quarum scilicet evictarum nomine nunquam nisi simpla debetur, dupla nunquam; cum hanc in aliis rebus emptori a venditore promitti oporteat, ut dicetur postea in cautionibus. *L. emptori*, 37. in pr. & §. 1. *D. de evict.*

VI. His personis & rebus venditis exceptis, si quis venditor de morbis & vitiis non monuit emptorem, neque de his quidquam excepit, placet eum eo nomine teneri. Idque efficitur ædilicio edicto. Neque interest, sciens quis ea quæ ædiles præstari iubent, vendiderit, an ignorans. *L.* 1 in pr. §. 1. *D. de æd. ed.* Qua in re non una est obligatio venditoris, sed triplex eo edicto actio adversus eum constituta; vel potius una quidem actio ex empto, sed trium rerum gratia: ad redhibendum, quanto minoris, nonnunquam & quanti emptoris interest rem morbosam aut vitiosam non fuisse.

VII. Prima est ex hac caussa ad redhibendum actio, quam ædiles pollicentur. *L.* 1. *L. ædiles aiunt*, 38. *D. eod.* quæ & inde dicitur redhibitoria, seu redhibitorium iudicium. *L. redhibitoria*, 45. *L. si quid venditor*, 18. in pr. *D. eod.* Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, & uno verbo quod ab eo profectum est, ei reddere. *L. redhibere*, *D. eod.* Hæc actio duas habet partes, in quibus vis & potestas eius iudicii cernitur.

VIII. Prior pars attingit emptorem, ac quid prius ipse præstare venditori debeat, præscribit. In eo autem hæc insunt duo. Unum ut quædam redhibeat. Alterum, ut de his certo modo caveat. Redhibere venditori iubetur hæc omnia. Primum rem venditam quam accepit: & eam nec deteriorem, quod quidem post venditionem traditionemque opera eius, aut familiæ, aut procuratoris factum sit. Tum si quid aliud in venditione rei venditæ accesserit. Præterea quod ex utraque re post venditionem natum acquisitum ad eum pervenerit. Adde & culpa eius factum sit, quominus perveniret. Ex quibus superiora tria edicto expressa sunt. *L.* 1. *D. eod.* Postremum hoc si expressum non fuit, sumitur ex sententia, quasi videatur pervenisse, quod per emptorem factum est, quominus perveniret: in ea re scilicet, in qua venditor dolum & culpam præstare debet. Indicatur autem in *L. redhibere*, 21. §. *pen.* in fin. *L. cum autem*, 23. §. *cum redhibetur D. eod.* Atque hæc satis esse poterant ad liberationem emptoris, si quidem nihil amplius ad eum pervenire posset post redhibitionem, & in his quæ pervenerunt, quæque redhibet, nihil ante facere potuisset dolo, quo-

quominus res integra, aut pleno iure rediret ad venditorem. Quorum utrumque cum contra possit usuvenire, ideo ad cautionem venditoris, & emptoris liberationem exigitur ab hoc amplius; ut utroque nomine caveat venditori: & de rebus quæ pervenerunt, quasque redhibet, nihil se in his dolo malo fecisse, quo deteriores, aut evictioni obnoxiæ fierent. Et de his quæ nondum pervenerunt, si quid ad se pervenerit, aut dolo malo factum sit, quominus perveniret, se restituturum. Extant exempla in *L. redhibere*, 21. §. 1. & deinceps, *L. item si*. 30. *D. de ædil. ed.*

IX. Hæc cum præstiterit pro se emptor, sequitur pars altera huius actionis, quæ attingit venditoris præstationem mutuam; & hanc obligationem habet, ut venditor superioribus rebus receptis vel oblatis restituat emptori pretium rei venditæ, item accessionis si quid forte ex conventione supra pretium præstiterit; tum ut si qua in re emptionis nomine emptor obligatus est vel venditori vel alii, eum venditor ea obligatione liberet. *d. L. ædiles etiam*, 25. §. *ult. D. de æd. ed.* Quibus non præstitis sequitur condemnatio ea, quam Caius dicit in *L. redhibitoria*, 45. *eod.* ut modo in duplum, modo in simplum condemnetur venditor. In duplum tunc damnari venditorem intelligit, cum nihil istorum ab eo præstitum est: ubi scilicet necesse est eum & pecuniæ ab emptore datæ, & liberationis ei non præstitæ nomine damnari, quæ condemnatio aperte duplicem, id est duarum rerum condemnationem habet. Ibi autem Caius eam duplicem condemnationem vocat, quam & postea in duplum. In simplum autem tunc venditorem condemnari interpretatur, cum unum istorum præstitum est a venditore, non item alterum, ut proinde huius solius nomine illum condemnari oporteat. Itaque dicitur redhibitoria aliquando habere condemnationem in duplum, non ut significetur actionem esse in duplum, idest eam quæ cum simplum tantum absit actori, nihilominus pœnæ caussa persequatur aliquando duplum, ut sunt actiones, quæ dicuntur in duplum. §. *omnes autem Inst. de act.* Sed quia duarum rerum nomine condemnationem habeat: quarum utraque cum absit emptori, non possit dici continere pœnæ, sed tantum rei persecutionem.

X. Hæ partes emptoris & venditoris in hac actione, declarant quam verum sit illud, quod veteres de potestate & exitu huius actionis tradiderunt, iudicium redhibitoriæ actionis utrumque idest venditorem & emptorem in integrum restituere: item, facta redhibitione omnia in integrum restitui, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessisset: ubi scilicet uterque ex hac actione suum recipit, prius venditor, posterius emptor. *L. cum autem*, 23. §. *Iulianus ait*, *L. facta*, 60. *D. de æd. ed.* Sed hæc actio etsi rei persecutionem habet, tempore tamen agendi non ita est, ut sunt cæteræ actiones sive civiles, sive prætoriæ. Nam cæteræ quæ rei persecutionem continent, etiam si sint honorariæ, perpetuæ sunt. *L. in honorariis*, *D. de obl. & act.* Actio redhibitoria quia emptionis rescissionem habet, & præter conventionem inducta est ab ædilibus, proposita est tantum edicto intra sex menses; verum utiles. *L. sciendum*, 19. §. *ul. L. ædiles aiunt*, 38. *D. eod.* idest sex menses, constantes iis diebus, quibus experiundi potestas fuit. *L.* 1. *D. de diversf. temp. præs.* Quare & si ex empto actione ad redhibendum agetur (ut placet redhibitionem quoque contineri empti iudicio. *L. ex empto*, §. 1. *D. de action. empt.*) tamen ultra hoc tempus agere non licebit. Quippe quod non actionis generi præstitutum est, sed redhibitioni. *d. L. sciendum*, 19. §. *ult. de æd. ed.*

XI. Quod si videtur emptori propter morbum aut vitium rem non redhibere, sed potius retinere, sic tamen ne in pretio decipiatur: in eam rem illi prospectum est eodem edicto, proposita actione quanto minoris res fuit propter morbum aut vitium, cum venibat, ut quantum id fuit, tantum emptori reddatur. Tempus autem huic actioni præstitutum non sex tantum menses, ut in redhibitoria, sed annus utilis. *d. L. sciendum*, 19. §. *ult. L. ædiles aiunt*, 38. *D. de æd. ed.* Quo in genere actionis cum de æstimatione iusta rei agatur, ideo dictum est iudicium æstimatorium, ut illud superius redhibitorium. *L. si quid venditor*, 18. *D. de æd. ed.*

XII. Sed hæ actiones, ut apparet, pretium & æstimationem rei non egrediuntur. Quid ergo, si multo pluris intersit emptoris rem morbosam aut vitiosam venditam non fuisse? Finge tignum vitiosum venditum, & ædes vitio tigni corruisse: venditum pecus morbosum, & alia pecora contagione periisse. An non etiam eo nomine agi potest ex empto in id quod interest, ut quæ detrimenta ex ea emptione emptor traxerit, ea omnia ei præstentur? Et posse agi constat: sed non sem-

per, ut superioribus, redhibitoria & quanto minoris. Quibus experiri licet, sive quis sciens vitiosum aut morbosum vendiderit sive ignorans, & sive non esse morbosum aut vitiosum affirmaverit, sive tacuerit. Non item in id quod interest morbi vitiive nomine.

XIII. De quo exstat hæc Iuliani distinctio in *L. Iulianus*, 13. *D. de act. empt.* ut duobus tantum casibus ex hac caussa in id, quod interest, agere liceat. Uno, si venditor vitium aut morbum sciens reticuit, & ita emptorem decepit. *d. L. Iulianus*, in pr. Ut semper dolum malum abesse oportet in iudicio empti, & a quo is admissus est, adversus eum æstimari. *L. tenetur*, 6. *§. ult. D. de act. empt. L. ea quæ*, 43. *§. ult. D. de contr. empt.* Altero, si vitium aut morbum venditor ignorans, & rem sanam putans, sanam esse affirmavit, *d. L. Iulianus*, *§. quod autem*. Nam & quod de re dixit venditor, quo consecutus est, ut pluris venderet, id eum præstare oportet, ut paulo post amplius dicetur. *L. ea quæ*, 43. in pr. *D. de contr. empt.* Quod si venditor rem morbosam aut vitiosam vendidit ignorans nec sanam esse affirmavit; placet eum superioribus quidem actionibus teneri, id est ad redhibendum, & quanto minoris emptor esset empturus: in id autem quod interest, non teneri. Hoc in *d. L. Iulianus*, in princ. Nec dubium est, quin hæc distinctio Iuliani in condemnatione eius quod interest ob rem morbosam aut vitiosam venditam sumpta sit ex edicto ædilicio. Indicatur enim non obscure extremis illis verbis edicti, quod refertur in *L.* 1. D. eod. *Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus*. Iudicium significant ædiles in id quod interest, cum dicunt hoc amplius se id daturos. Illud enim, *hoc amplius*, valet, præter supra scriptas actiones, de quibus supra comprehensum est. Hæ autem sunt ad redhibendum, & quanto minoris, quarum utramque propositam esse edicto etiam in mancipiis, & adversus ignorantes constat ex *L.* 1. *§.* 1. *L. sciendum*, 19. *§ ult. D. eod.* Nam in iumentis utraque expressa est eo fragmento edicti, quod exstat in *L. ædiles aiunt*, 38. *eod.* Præter has autem actiones si qua est alia ex eadem caussa, non potest esse nisi in id quod interest. Ideo etiam ædiles cum superiores proposuissent indistincte adversus omnes qui mancipia vendunt: hanc postremam propter gravitatem nominatim hac conditione pollicentur, si quis sciens dolo malo quid morbi vitiive esset, reticuisset. Qua conditione addita non obscure in eum, qui ignorans vendidisset, eandem actionem denegarunt. *arg. in L.* 1. *vers. huius*, *D. de off. eius*, *L. quibus*, 40. *§.* 2. *D. de cond. & dem.* Eaque sententia est, quam a Iuliano expressam videmus in *d. L. Iulianus*. Nam quod Iulianus etiam adversus ignorantem venditorem eamdem actionem admittit, si is rem vitiosam aut morbosam non esse affirmasset: fecit ex eiusdem edicti sententia. Nihil enim ad decipiendum emptorem interesse putavit inter temerariam affirmationem venditoris, & eius reticentiam. *d. L. Iulianus*, *§. quod autem*. Et recte. Nam & mendacium venditoris dolus est, falso affirmare de re, quod non est, sive id ita non esse scias, sive ignores. Nam & qui ignorat, idcirco mentitur falsum affirmando, quod dum dicit rem vitiosam aut morbosam non esse, hoc ipso tacite affirmat se scire rem ita habere; quoniam de rebus ignotis nihil affirmare possumus.

XIV. Illud manet adversus eum qui ignorans rem vitiosam aut morbosam vendidit, si nihil amplius de vitio aut morbo affirmavit, in id quod interest emptoris eo nomine non teneri. Et tamen placet, si quis vas vitiosum vendiderit, etiam ignorantem teneri, ut quod eo nomine emptor perdiderit, id consequi debeat. *L. tenetur*, 6. *§. si vas*, *D. de action. empt.* Non sunt hæc contraria. Nam in cæteris rebus, puta tigno vitioso, aut pecore morboso hoc evenit, ut qui hæc ignorans vendit, non ideo vitiosa aut morbosa non esse affirmet. Tignum enim & pecus simpliciter venduntur. Tignum autem non eo minus tignum est, etsi sit vitiosum; & pecus non minus pecus, etsi sit morbosum. Atqui vas vendit, etiamsi nihil aliud adiiciat, tamen solo vasis nomine affirmat vas esse integrum, & liquoris capax. Quoniam vas dicitur instrumentum omne, quod ad liquorem aliquem capiendum paratum est. Non dicitur autem vas liquorem capere, ubi liquorem infusum non retinet. Sic enim est capiendi verbum, ut ea capi dicantur, quæ mansura sunt. *L. aliud est capere*, *D. de verb. signif.*

XV. Sed cur venditor si rem vendidit non suam, & ea evicta est, tenetur indistincte in id quod interest emptoris, eoque etsi ignorans vendidit. *L. venditor*, 8. *L. evicta*, 70. *D. de evict.* Si autem vendidit non sanam, non tenetur in id quod interest, nisi sciens vendiderit?

rit? Quia a quocunque res vendatur, sive quis ius suum in re sciat, sive qui ignoret, semper hoc agitur emptione, ut emptor sibi rem comparet pretio. Ideo hoc semper proprium emptionis, ut si venditor rem non det, quod non exigitur: saltem ita tradat, ut emptori habere liceat. Unde evenit, ut si id non præstet, sit actio & condemnatio adversus eum quanvis ignorantem in id quod interest, ut fit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud.* Non item proprium est emptionis, ut venditor vendat rem non morbosam aut vitiosam: cum possit emptor rem sibi parare, id est sibi habere, etiam si sana non sit. Idcirco non tam præcise hoc exigitur, ut res sana præstetur, quam ut emptori eam habere liceat. Satis esse visum est ob morbum aut vitium rei venditæ hoc tribui emptori, ut liceat rem redhibere, aut agere, quanto minoris empturus esset, sive sciens quis vendiderit, sive ignorans. In id autem quod interest ita demum, si venditor sciens reticuerit.

XVI. Illud de morbis & vitiis rei venditæ monendi sumus, deque iis præstationibus & actionibus, quas eo nomine constitutas edicto esse diximus, pertinere omnia ad morbos & vitia corporis, de quibus edictum loquitur; ad vitia animi non pertinere. Veluti, si servus venditus sit levis, iracundus, contumax: si iumenta pavida aut calcitrosa. Itaque horum nomine non competere redhibitionem, aut actionem quanto minoris adversus ignorantem venditorem; solum ex empto agi posse, si sciens vitium animi venditor, non pronuntiasset. *L.* 1. *§. pen. §. ult.* in fin. *L.* 4. *§. idem Pomponius, §. in summa, D. de æd. ed.* Hic tamen quædam animi vitia in mancipiis seu servis excepta sunt, & comprehensa nominatim edicto ædilicio. De quibus nihil necesse fuisset edicto specialiter comprehendi, si appellatione vitii, de quo initio edicti generaliter cautum erat, omnia vitia tam animi, quam corporis intelligi vellent ædiles. Ideo igitur animi illa vitia hic expressa, quia alioqui de vitiis animi eo edicto non cavebatur. Vitia hæc sunt octo, quorum nomine eædem sunt actiones ad redhibendum, quanto minoris, & in id quod interest, quæ de vitiis corporis. Sunt autem hæc; si servus sit fugitivus; si erro; si noxa admissa, noxa solutus non sit; si capitalem fraudem admiserit; si mortis sibi consciscendæ caussa quid fecerit; si in arenam depugnandi caussa ad bestias intromissus fuerit. Quæ sex comprehensa sunt in eo fragmento edicti, quod exstat in *L.* 1. in pr. *D. eod.* Item si servus sit infamatæ aut ingratæ emptori alicuius nationis; quam ob caussam etiam iubetur venditor servi nationem dicere. *L. quod si nolit*, 31. *§. qui mancipia, D. de æd. ed.* Postremo, si veterator pro novicio veneat. *L. præcipiunt*, 37. *D. eod.* Quæ singula quid valeant, melius petetur ex commentario.

XVII. Non eadem caussa servitutum & tributorum, quæ morborum & vitiorum rei venditæ. Primum quanvis res servitutem debeat, aut tributo vel pensitatione sit onerata, nec de his rebus quidquam commemoratum sit in venditione; nunquam tenetur earum rerum nomine venditor, si servitutem aut tributum deberi ignoravit. *L.* 1. *§.* 1. *L. si sterilis*, 21. *§.* 1. *L. quæro*, 39. *L. in venditione*, 41. *D. de act. empt.* Inter cæteros locos digna est observatu *d. L. si sterilis*, *§.* 1. ubi diserte scriptum est, si venditor prædii ignorans de tributo nihil prædixerit, quod forte hereditarium prædium esset, eum non teneri. Unde intelligimus non modo eum non teneri in id quod interest, sed nec ad redhibendum, aut [1] quanto minoris res fuerit, cum venibat. Ut recte facturi sint emptores, si initio in re contrahenda de his sibi caveant, si quæ forte servitus, si quod tributum emergat postea, ea præstitum iri. Quod si cum sciret venditor servitutem aut tributum debe-

1) Consentire videtur Pac. 5. Q. 10. quando videlicet nihil omnino dixit venditor ignorans. Secus si per ignorantiam dixit minorem quantitatem tributi, quæ maior reperitur, quia tunc actio. Quanto minoris *L.* 9 *Cod. de act. empt.* Sed Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 25. ita: Si scivit servitutem venditor & reticuit, tenetur in id quod interest *d. L.* 1. *§.* 1. *d. L.* 39. Sin ignoravit quanto minoris *d. L.* 61. *de æd. ed. L.* 15. *§. ultim. de evict.* Nisi fundum vendiderit quo iure, quave conditione est *L.* 10. *& seq. de her. vend.* Aut nisi protestatus, si inopinatum onus emerserit, se nolle teneri *d. L.* 1. *§.* 1 Idem dicendum in tributo *d. L.* 9. *C. de act. empt.* Et quod, in *d. L.* 21. *§.* 1. habetur *non teneri*, intelligit Cabotius scilicet ex empto, de quo ibi agitur. Nec, ait, recte ignorantem de servitute nullo modo teneri, licet teneatur de tributo, ratione differentiæ data, quia quævis res censetur libera; prædium autem tributarium præsumitur ex quo provinciale est. Ergo emptor scire debuit tributa deberi. Refellitur hæc ratio quia sequeretur ne quidem scientem venditorem teneri, contra *d. L.* 21. *§.* 1. Æque enim imputari emptori posset, quod scire debuisset. Et imo nec potuit nec debuit scire tot tributa deberi. Obiic. Imo & sciens venditor tenetur, Quanto minoris *d. L.* 9. Ergo non ex empto. Resp. Si reticuit tributum, actione ex empto *d. L.* 21 *§.* 1. Si autem mentitus, de quantitate tributi non plane reticuit: quanto minoris *d. L.* 9. Ratio differentiæ. Illic ex duplici caussa interesse potest emptoris, & quia minoris empturus, & quia prædium a fisco distrahetur *tit. C. Si propt. publ. pensit.* Cum autem dicta minor quantitas tantum ex illa caussa interesse potest, *ita* Cabot. Cæterum adiecta formula, Uti optimus maximusque est, fundum liberum præstare venditor cogitur *L. pen. de evict. L.* 126. *L.* 169. *de V. S. L.* 59. *h. t. de contr. empt.* ubi fuse Cuiac.

deberi, non aperte certiorem fecit emptorem, quid servitutis aut tributi esset, placet quidem eum quia decepit emptorem, ex empto teneri: *d. L.* 1. §. 1. *d. L. si sterilis*, §. 1. *d. L. quæro*, *d. L. in venditione*, *de act. em.* non tamen ad rem redhibendam, sed quanto minoris emptor empturus esset, si de his factus esset certior, ut sic improvisum onus æstimetur. Nam & hactenus emptoris interest se recte præmonitum fuisse, *d. L. quæro*, illic, *ne alioquin emptor*, *d. L. in venditione*, *de act. em. L. quoties*, 61. *D. de æd. ed.* Non adversatur huic distinctioni, quod scribitur in *d. L. quoties*. Quoties de servitute agitur, victum tantum debere præstare, quanto minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam. Hæc enim verba, *quoties de servitute agitur*, non significant, quoties emptor queritur servitutem esse impositam, quam ignoravit, & eo nomine agit, quanto minoris empturus esset: sed ad ius referenda sunt, atque hoc exprimunt, quoties de servitute iure agitur, seu tunc cum eo nomine iure actio est. Non enim quævis petitio, actio est, sed ea solum quæ constituta est iure. Unde actio definita ius persequendi. Quando ergo de servitute iure agitur? Ex superiore distinctione petendum est. Non semper videlicet, sed tunc cum venditor servitutem debere sciens celavit emptorem, *d. L.* 1. §. 1. *de act. empt.* Ita conditione iuris adiecta idem illud ius superius exprimitur. Sed cur hoc aliter in servitutibus & tributis observatur, quæ non minus rei æstimationem minuunt: aliter in morbis & vitiis, quorum posteriorum nomine dicimus teneri venditorem etiam ignorantem? *d. L.* 1. §. 1. *D. de æd. ed. L. ex empto*, 11. §. *venditorem*, *de act. empt.* Differentiæ ratio est ea, quæ redditur inter servum fugitivum venditum, & servum furem in *L. Iulianus*, 13. §. 1. *D. de actio. empt.* Quod scilicet morbosam aut vitiosam rem quodammodo habere non licet; eam autem quæ servitutem aut tributum debet, non minus habere possumus. Quippe morbis & vitiis usus rei venditæ impeditur. *L.* 1. §. *sciendum*, verf. *proinde*. *D. de ædil. ed.* servitutibus & tributis non item.

XVIII. Quartum caput præstationum huius generis de re vendita est, ut venditor præstet, quod de ea re dixit, affirmavit. Quodcumque is dixit in re esse, nisi quid hic nominatim excipiatur, de quo mox; si id ita in re non est, non aliter tenetur eo nomine, quam si de eo inter emptorem & venditorem convenisset. Idque edicto ædilicio effectum est. *L.* 1. in edicto. *D. eod.* Atque hinc eo edicto triplex actio constituta adversus venditorem: Ad redhibendum, Quanto minoris emptor empturus esset, & Quanti emptoris interest rem talem fuisse, qualis esse dicta est. Redhibitorio, aut æstimatorio iudicio ex hac caussa agi posse diserte scriptum est in *L. si quid venditor*, 18. *D. de æd. ed.* Id autem quod interest emptoris etiam hoc nomine præstari, ex eiusdem edicti sententia est, postquam nihil interest, utrum sciens quis decipiat emptorem dissimulando, an id quod non est, temere esse affirmet. Certe id ita traditur in *L. Iulianus*, 13. §. *quod autem*, *D. de act. empt.* Quarum omnium rerum nomine placet venditorem ita teneri ut nihil intersit, utrum sciens falso affirmarit de re, quod non erat, an ignorans, *d. L. Iulianus*, §. *quod autem*. *L. tenetur*, 6. in princ. *de action. empt.*

XIX. Sed hæc ita sunt, ut paulo ante monui, nisi quid hic excipiatur. Non omne vero dictum est præstandum. Tria sunt, quæ hic placeat non præstari. Primum si quid generaliter dictum sit de re. Proximum, si quod in specie dictum est, palam falsum sit. Tertium, si de modo agri dictum, non sit in modo sed aliunde suppleatur. Principio hoc statuatur, si quod de re dictum præstandum sit, id tale esse debere, ut certum dicatur a venditore, & in specie aut laudis præsentis, aut vitii cessantis, veluti si dixit servum esse literatum, coquum, artificem: aleatorem non esse, non esse furem. Equum esse Hispanicum, gradarium. *L. sciendum*, 19. in pr. *D. de æd. ed. L. ea quæ*, 43. *D. de contr. empt.* Quippe hæc sola eiusmodi sunt, propter quæ consequitur venditor ut pluris vendat. Quæ res sola facit huic præstationi locum, ut declaratur in *d. L. ea quæ*. Quod si quid generaliter tantum venditor dicat [a] commendandi caussa, id in universum tale est, ut placeat non esse præstandum. Ut veluti si dicat servum esse frugi, bonum equum & generosum, quem vendebat, *d. L. sciendum*, *de æd. ed.* Apparet enim, quæ in genere ita dicuntur, commendan-

a) Si verbis civiliter ornavit: non omnia ad vivum resecanda, alioqui magna esset venditorum captio & commercia vix consisterent. Laudat venales, qui vult extrudere merces. Nec creditur emptor tam fuisse credulus & stolide imperitus, ut illa inani futilitate captus sit, Baiduin. *ad L.* 12. *tabb.* 7. *n.* 15. vid. & Cuiac. *d. L.* 43. *h. t.*

dandi tantum caussa dici, quo citius res non ut pluris ematur.

XX. Sed etsi quid in specie dixit venditor, duo sunt in hoc genere, quæ placet non præstari. Primum, si quod dixit venditor, ita fuit in promptu, ut cerni posset ab emptore id ita non esse. Veluti si dicat servum speciosum, domum bene ædificatam, servum sanum qui 3 cæcus erat, *d. L. ea quæ* in princ. & §. 1. Merito: quæcumque enim dicta præstanda esse dicimus, ideo placet esse præstanda, ne emptores decipiantur. Hæc enim caussa est edicti ædilicii proponendi. *L.* 1. §. 1. *de æd. ed.* Non decipiuntur autem, qui quo in statu res sit, non ignorant. Quod & in morbis rei venditæ ante diximus. *L.* 1. §. *si intelligatur*, *L. quæritur*, 14. §. *ult. D. de æd. ed.*

XXI. Sed & in modo fundi, si plus esse dixit venditor, quam in eo erat, placet interdum id non præstari, si aliunde suppleatur. Quod duobus casibus accidit. Uno, si quis unum fundum vendens, cum in eo nonaginta iugera tantum essent, dicat in eo esse centum, dum errans ita putat: post autem priusquam modus declaretur, atque ita tradatur, tantum alluvione accreverit, quantum initio deerat. Hic, inquam, placet veniam ignorantiæ dari, ut non teneatur venditor in eo, quod totum habet emptor, tametsi aliunde accesserit: cum hoc sine incommodo emptoris contingat. Aliter si sciens de modo sit mentitus: quia semel dolo fecerit, nec alluvione sequente dolus purgetur. *L. Iulianus*, 13. §. *si Titius*, *D. de act. empt.* Alter casus est, si duobus fundis uno pretio venditis, de modo utriusque fundi separatim ita pronuntiaverit venditor, ut in uno plus esse diceret quam erat, in altero minus, ita ut in hoc posteriore aliquid exsuperaret ultra id quod dictum est. Etiam hic placet quantumcunque id erit, quod in uno exsuperabit, eatenus venditorem non teneri ad ea, quæ in altero desunt, sed hæc eo, quod in altero plus est, suppleri; seu quod in uno plus est, cum eo quod in altero deest, compensari. *L. si duorum*, 42. *D. de act. empt.*

XXII. Pro dicto in iumentis ædiles habent 4 omne, quo ornata iumenta vendendi caussa proponuntur: quasi qui hæc ostentet ad venditionem, hoc dicere intelligatur, se iumenta ita vendere, uti proponuntur, eoque & ornamenta accessura. Ideo cavent ædiles, ut uti optime ornata iumenta vendendi caussa fuerint, ita emptoribus tradantur. Si quid autem ita factum non erit, duplicem ex hac caussa actionem dant, unam de ornamentis præstandis; alteram de iumentis ipsis ornamentorum nomine redhibendis, prout emptor elegerit; sed utramque dumtaxat intra duos tantum menses. *L. ædiles aiunt*, 38. *D. de æd. ed.* Vendendi caussa ornatum mancipium quod intelligi debeat, declaratur in *d. L. ædiles aiunt*, §. *vendendi*.

CAP.

3) Si tamen nominatim stipulatus cæcum non esse qui luminibus effossis, valere stipulationem vult, Cuiac. *d. loc.* arg. *L.* 4. §. 5. *de doli exc.*

4) An in venditione fundi veniant fructus, vaccæ vitulus, silvæ ligna incisa, & de similibus, vid. P. Nicol. Mozz. *de Empt. Col.* 4. *de Natural. Emptionis n.* 43. *& seqq.*

C A P. I V.

Extra rem venditam etiam quaſdam res eſſe, quas venditor emptori præſtare debeat. Has genere duas eſſe; Commoda rei venditæ, & certas cautiones. Quæ hæc commoda ſint, quæ cautiones.

I. Atque hæ ſunt præſtationes in re vendita, quæ ſine alia conventione a venditore exiguntur. Quarum nomine, ſi forte his non pareatur, quæ ſint venditoris obligationes, quæ adverſus eum actiones, diximus. Sunt, ut propoſui, & præſtationes quædam extra rem venditam, quæ ſimiliter ex bona fide venditori iniunguntur. Hæ poſitæ ſunt, ut dixi, partim in commodis rei venditæ, partim in ſtipulationibus quibuſdam.

II. De commodis rei venditæ ita ius eſt, ut quemadmodum, perfecta emptione, periculum rei venditæ ad emptorem pertinet, ſic ex illo pertineat & omne commodum. §. *cum autem, Inſt. de em. & vend.* Unde & illud eveniat, ut quæcumque huius generis commoda ſunt, ſive pervenerint ad venditorem, ſive per eum factum ſit, quominus pervenirent, omnia venditor cum re ipſa vendita præſtare debeat.

III. Commodum rei venditæ eſt, quod vel ex re vendita, vel aliunde quidem per occaſionem tamen rei venditæ accedit. Ex re hæc ſunt: Quod per [1] alluvionem accrevit fundo. Accretum enim cœpit pars eſſe fundi. Item quod ex re natum eſt, ut [2] fructus fundi, animalium fœtus, ancillæ partus. Et hæc etiam in primis ad emptorem pertinere conſtat. De alluvione traditum in *L. id quod, D. de per. & com. rei vend.* §. *cum autem, Inſt. de empt. & vend* de fœtura in *L. venditor*, 8. *D. de evict.* Maxime vero fructus pertinent. Uſque adeo, ut quanvis maturis fructibus ager diſtractus ſit, quo caſu apparet maxima parte anni ante venditionem contractam fructus ſtetiſſe: placeat tamen fructus emptori cedere. *L. Iulia-*

1) Cuius ſit commodum alluvionis pacto redimendi adpoſito, vid. Zoan ad *L.* 2. *Cod. de pact. in empt. n.* 128. qui diſtinguit inter fundum indiſcrete, ſeu ad corpus, & diſcrete ſeu ad menſuram venditum, vid. & Fachin. 2. *Contr.* 6.

2) *L.* 25. *d. L.* 13. *L.* 16. *Cod. de act. empt.* Et omne emolumentum quod perfecta venditione, ex re pervenit *L.* 1. *Cod. de peric. & comm.* Et ſi mora in tradenda re commiſſa, etiam fructus quos potuiſſet percipere *L.* 21. §. 3. *de act. empt.* Non autem ante venditionem percepti *L.* 2. *in fin. Cod. de act. empt.* vid. Io. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 1. *Cap.* 1. Gomez. 2. *Reſol.* 2. *n.* 11. Covar. 1. *Var. Reſol.* 15. *n.* 1.

Iulianus, 13. §. *si fructibus*, *D. de act. empt.* Merito: sunt enim hi una cum fundo venditi; cum fructus pendentes sint pars fundi. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vindic.* Et ut nihil aliud, certe sunt commodum rei: quod omne ad emptorem pertinere dicimus.

IV. Sed etsi quid accedat extrinsecus, si tamen per occasionem rei venditæ [3] accedat, æque in commodis rei habendum est, & venditori quæsitum ad eamdem præstationem pertinet. Quo in genere partim res quædam habentur, partim actiones.

V. In rebus huius generis hæc sunt: Per servum venditum venditori quæsita, sive alieno beneficio, sive opera servi quæsita sint. *L. Iulianus*, 13. §. *si quid servo*, *D. de act. empt.* Mercedes ex operis servorum, aut vecturis iumentorum vel navium, pensiones item ex locatione prædiorum perceptæ. *ead. L. Iulianus §. item*, *si quid*. Postremo & si quid adiudicatione venditori obtigit per caussam partis venditæ. Utputa, venditor qui fundum cum allo communem habebap, parte eius vendita provocatus est a socio iudicio communi dividundo, & iudex pro potestate eius iudicii totum fundum ei adiudicavit. Apparet hic parti venditæ alteram partem accessisse, quæ & venditoris facta sit. Accessisse autem beneficio partis venditæ, ut quæ iudicium superius & per iudicium superiorem adiudicationem provocarit. Quocirca si pars, quæ accessit, emptori utilis est, in commodo partis venditæ numeranda est. Siu inutilis aut onerosa, aperte eius partis venditæ habet commodum. Quo fit, ut vel emptor possit eam petere, si sibi commodum iudicet, dum æstimationem offerat, quæ pro ea parte præstita iam aut præstanda est. Vel venditor, si eam recuset habere, ut incommodam, possit eam restituere emptori invito, & eamdem æstimationem consequi. *d. L. Iulianus*, §. *idem Celsus*, *D. de act. empt. L.* 7. §. *si debitor*, *D. com. div.*

VI. Actiones autem huius generis sunt, quas aut venditor sibi paravit ex locatione rei venditæ, aut aliena iniuria ob damnum in ea re datum ei peperit.

VII. Ac de commodis locationis hæc distinctio tenenda est. Refert, cuiusmodi res sit, quæ locata est, ea ne, ex qua fructus naturales nulli sint, ut ædes, navis, currus, iumenta vehendi caussa: an ea, ex qua fructus nascantur natura, ut ager. Prioris generis res aute locatas si vendiderit locator, pensiones præcedentis temporis, quo locatio ante venditionem stetit, cedunt venditori, nisi quid aliud convenerir. Usus enim rei per illud tempus fuit venditoris. Proinde & eius usus commodum. Pro eo autem tempore, quod venditionem secutum est, utrumque evenit, ut & pensiones eius a venditore perceptæ cedant emptori, cui hæ postea restitui debent: & his non perceptis, cedi debeat eius temporis actio, nisi convenerit, ut venditor præteritam mercedem exigat, & emptori præstet. *d. L. Iulianus*, §. *item si quid*, §. *in his*, *de act. empt.* Sed solum ex eo tempore. Ex eo enim solo cœpit usus rei, & eius usus commodum ad emptorem pertinere. Agrum autem qui posterioris generis res est, si prius a se locatum si quis vendiderit: sive tum maturi fuerint fructus, sive postea nati sint, pensiones quidem cedent venditori, eidemque locatori, ut est in *d. L. Iulianus*, §. *si in locatis*, *eod.* cui quippe ex locato quæsita sit actio. Sed cum hac [4] exceptione, quam ex *L. ult.* §. *ult.* *D. de iur. fisc* huc transferre debemus, ut venditor, cui actio de pensionibus cessit, vel hanc ipsam actionem cedere debeat emptori ad totius anni pensionem petendam, vel perceptam totius anni pensionem totam emptori præstare: optima ratione, quoniam in hoc genere rerum, pensio percipitur propter fructus. Hi autem post venditionem perfectam nati vel percepti, cedunt, ut ante dixi, emptori. *d. L. Iulianus*, §. *si fructibus*. *de act. empt.*

VIII. Sed hæc quæ partim de periculo rei venditæ diximus supra *Cap.* 2. partim de rei venditæ commodo, deque præstatione accessionum hoc capite, hanc conditionem habent, quam initio posui, si emptio contracta perfectave sit. *d.* §. *cum autem*, *Inst. de em. & vend. L. necessario*, *D. de per. & com. rei ven.* Nondum contracta emptione, quia res venditoris est, eamque ipse alii non debet, ideo illi res sua perit. *L. pignus*, *C. de pign. act.* Et quoniam eius periculum est, necesse est etiam eius esse omne commodum. Inde quæsitum huc loco, quando

3) Quid si iactu retis empto aliquid pretiosi inciderit? Milesii extracta aurea mensa, seu tripode, re utrinque agitata, Apolline Delphico consulto, responsum tulerunt neutri dandum esse, sed ei qui in tota Græcia sapientia præstaret. Thaleti primo concessa per septem sapientum ordinem ad Solonem pervenit. Qui affirmans Deum solum sapientem esse, Apollini consecravit, P. Ærod *Lib.* 1. *Decretor. Tit.* 32. ex Val. Max. *Lib.* 4. *Cap.* 1. & aliis.

4) Covar. 1. *Var. Resol.* 15. *n* 3. & 4. Aliter A. Fab. 1. *Coniect.* 13. qui *d.* §. 11. intelligit quando fructus ante venditionem percepti, per *d. L. ult. de I. fisci* ubi si locatus fundus non fuisset, nec fructum nec pensionem emptor petere potuisset.

venditio contracta videretur. Quod explicatur in *d. L. necessario, D. de per. & com. rei vend.* ad hanc summam tunc [5] contractam emptionem intelligi, cum pure aut in diem contracta est. Si sub conditione facta sit, non prius contractum videri, quam conditio exstiterit. Ac deficiente quidem conditione, nullam esse emptionem. Exsistente autem illa, ita emptionem contractam intelligi, quasi iam ab initio contracta esset in praeteritum. His consequens esse, ut quodcunque periculum aut commodum rei venditae pendente conditione intervenerit, id omne sit emptoris, si conditio exstiterit. Dum tamen eo tempore exstet res vendita, licet deterior facta. Nam si interim res perierit, quantumvis exsistat conditio postea, nulla tamen esse potest emptio, cui res deest, quae debeatur.

IX. Reliquum est genus alterum earum praestationum, quae extra rem venditam a venditore potestate iudicii ex empto exiguntur, positum in stipulationibus quibusdam, quarum finis hic est, atque hic usus, ut quoniam incertum est periculum evictionis, incertum, an morbi aliqui aut vitia in re vendita postea emergant: iam nunc in futurum his cautionibus adversus ea pericula emptori consulatur. Huius generis stipulationes & cautiones tres sunt.

X. Una est, ut dum petet emptor, stipulanti caveat rem ei habere licere. *L. ex empto*, 11. *§. venditorem, D. de act. empt. L. venditor*, 8. *D. de evict.* Quod nisi repromittitur, nempe actio est emptori in id quod eius interest id cautum esse, id est in id, quod habiturus foret, si cautio esset interposita neque illi habere liceret, ut est omnium obligationum faciendi conditio, *d. L. ex empto, §. idem ait, de act. empt. L. si quis, ab alio*, in pr. & fi. *D. de re iud. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *vers. Celsus. D. de verb. obl.* At enim sine hac stipulatione idem consequitur emptor actione ex empto. Nam si ei rem habere non licet, quia evincatur, non minus ei ex empto actio est in id quod interest. *L. evicta*, 70. *D. de eviction.* Quorsum igitur exigere hanc stipulationem, ut videtur, inutilem? neque vero quisquam supervacua cautione onerari debet. *L. hac stipulatio, §. 1. D. ut legat. seu fideic. nom. cav.* Sed non si haec stipulatio continet solum id quod interest, similiter ut ex empto actio; ideo supervacua est aut inutilis. Est enim actio ex hac stipulatione ad aliquid liberior & plenior in persecutione eius quod interest. Nam cum sine hac stipulatione praestatur evictio, non condemnatur venditor, nisi in id quod interest emptoris rem evictam non esse. Quo continetur solum, quanti tunc res fuit, cum evincebatur. Unde si fundus mille iugerum venditus sit, deinde post, ducentis iugeribus alluvione ablatis, fundus evincatur: actione ex empto non praestabitur emptori aestimatio nisi octingentorum iugerum, qua reliqua evicta erant, ducenta autem iugera illi perierint. Indicatur in *d. L. evicta*, 70. *de evict.* Contra eveniet, si stipulatus sim mihi eum fundum habere licere. Nam si ducentis iugeribus a flumine aut mari ablatis, postea fundus evincatur, aestimabitur, quanti fundus fuit, cum venditus est, ut sic omnium mille iugerum aestimatio praestetur: quia conditio stipulationis hoc efficit, quae ad id tempus collata est, quo fundus erat mille iugerum. Hoc Papinianus in *L. ex mille*, 64. vers. 2. *D. de evict.*

XI. Altera cautio est stipulatio & repromissio duplae. Nam petenti emptori venditor non solum rem habere licere spondere debet: sed etiam hoc amplius, si habere ei non liceat, duplam stipulanti promittere, nisi aliud convenit. *L. emptori*, 37. *D. de evict. L quod si nolit*, 31. *§. quia assidua, D. de aed. edict.* Duplam, id est duplam quantitatem, seu aestimationem rei venditae: ut in duplae verbo intelligatur quantitas. Quod vel inde licet intelligere, quod quae frequentius dicitur dupla, alibi nominatur duplum, ut *L. vindicantem*, 17. in fin. *D. de evict. L. pen. C. eod.* Duplam quantitatem seu aestimationem intelligere debemus, non quanti res vere est, sed [6] quanti vendita est: ut hic duplum ad pretium con-

5) Tribus modis dicitur perfecta emptio (1) ratione obligationis (2) traditione secuta. (3) Quoad periculum. Sic emptio eorum quae pondere, numero, mensurave constant statim quidem perfecta, inita conventione, quoad contractum & obligationem, sed non antea periculum emptoris quam admensa, adpensa, adnumeratave sint *L.* 35. §. 5. *h. t.* post alios Ernes. Cothman. *Iuris Resp.* 4. *n.* 3. *& seqq.* vid. tamen *infra Lib.* 15. *Cap.* 11.

6) Duplum hic non est extra pretium rei, sed quanti res empta est, alterum tantum solvit venditor emptori. Ut si emptus sit servus 100. haec 100. reddit & alia 100. praestat, nec ultra, etsi pluris intersit, ut si plus quam 100. in erudiendum hominem impenderit. Solutis enim 200. liberatur venditor & a pretio & ab eo quod interest, Cuiac. 8. *ad Afric. in L.* 44. *de act. empt.* A. Fab. 3. *Coniect.* 1. putat interposita duplae stipulatione novari & perimi actionem ex empto, per *L.* 1. §. 2. *de stip. prat.* & agi tantum posse ex stipulatu, non ex empto ad id quod interest, licet supra duplum intersit, per *L.* 60. *de evict. L.* 4. *de act. empt.* Nec obstare *Leg.* 18. *de evict.* quia sic interpretanda illius verba *ex stipulatione*, si illa intervenerit, *vel ex empto*, si omissa stipulatio. Sed de his an vera sint non iniuria aliquis ambigat. Firmandae enim & corroborandae, non infringendae minuendaeve obligationi accedit stipulatio. Nec nova-

conventum referatur, ut significatur in *L. si fundo*, 53. *D. de evictione.* Quod si petenti emptori dupla non repromittetur, habet emptor actionem ex empto eo nomine, cuius condemnatio est dupli. *L.* 2. *D. de evict. d. L. quod si nolit*, §. *quia assidua, de æd. ed.* Sciendum est tamen duplam repromitti oportere solum in certis rebus. Primum soli, ut fundo: *L. emptor, C. de evict.* tum ex mobilibus in mancipiis, & iumentis; *d. L. quod si nolit*, §. *quia assidua, de æd. ed.* In cæteris autem rebus ita demum, si sint pretiosiores, ut si margarita forte, vel ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veneat: in aliis non oportere. *L. emptori*, 37. §. 1. *D. de evic.* Sed in hac stipulatione duplæ placet sequi nos debere consuetudinem eius loci, in quo versamur. Sive igitur alicubi non exigitur duplæ stipulatio, sive exigatur amplioris summæ, ibi ex consuetudine eius regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet. *L.* 6. *D. eod.*

XII. Ex his vero stipulationibus duabus, si interpositæ fuerint, potest intelligi, quæ sint illæ actiones tres, quæ dicuntur competere solere re evicta ob evictionem, commemoranturque in *L. emptor, C. eod.* ex stipulatu, ex dupla, ex empto. Nam de actione ex empto, quæ competat evictionis nomine etiam sine alia stipulatione, initio diximus. *L. evicta*, 16. *de evictione.* Illæ autem aliæ duæ nascuntur ex superioribus stipulationibus. Ex stipulatu est, cum stipulanti emptori venditor promisit habere licere simpliciter. Ex dupla est, quæ est ex duplæ stipulatione. Adiungiturque hæc stipulatio priori, cum ita amplius stipulatur emptor, quod si habere non licebit, duplam dare spondes?

XIII. Tertia cautio pertinet ad morbos & vitia rei venditæ, inducta ædilicio edicto. Non enim hic iubetur tantum venditor prædicere de morbis & vitiis, de quibus eo edicto comprehensum est; sed præterea ut promittat in his caussis rem non esse, præcipitur: puta rem sanam esse, non morbosam, non vitiosam, servum non fugitivum, non erronem. *L. itaque*, 32. *de æd. ed. L. ex empto*, 11. §. 1. *de act. empt.* Utilitas huius cautionis hæc est, quod venditor si rem vitiosam aut morbosam ignorans vendat, non tenetur ædilicio edicto, nisi ad redhibendum, aut quanto minoris emptor empturus esset. In id quod interest emptoris, non tenetur. *L. Iulianus*, in pr. *D. de act. em.* Stipulatione autem interposita, rem neque morbosam, neque vitiosam esse, incipit venditor teneri in id omne, quod interest emptoris, si res morbosa aut vitiosa fuerit. Semper enim venditor præstare debet, quod dixit. Multo magis si quid recte futurum stipulatione promisit. *L. si ita quis*, 31. *D. de evic. d. L. Iulianus*, §. *quod autem. de act. em.* Quid si de his non caveat venditor postulante emptore? Pollicentur ædiles ex hac caussa adversus eum & ad redhibendum iudicium, & quanto minoris interfit: sed prius intra duos menses, posterius intra sex dumtaxat. *L. si venditor*, 28. *D. de æd. ed.*

XIV. In his tribus cautionibus quæritur, qualem cautionem accipi oporteat, nudamne repromissionem, an & satisdationem. Nam quibusdam locis satisdationem ex supra scriptis caussis exigi legimus, ut *L. ex empto*, 11. §. *idem ait*, *D. de act. em. L. penul.* §. *ult. D. de per & com. rei ven.* Sed in *L. emptori*. 37. in pr. *D. de evict.* diserte scriptum est, ita duplam promitti a venditore oportere, ut tamen non satisdetur, nisi specialiter id actum sit, sed repromittatur. De simplici autem cautione habere licere, nihil amplius traditur in *d. L. ex empto*, §. *venditorem, de act. em.* quam ex empto actionem esse, ut habere licere caveatur. Sic & de morbis vitiisve nihil amplius exigitur a venditore, quam ut de his caveat, *d. L. si venditor, de æd. ed.* Cautionis autem verbo nuda tantum pro-

novatio fieri intelligitur, nisi aperte expressum, saltem iure novo, *L. ult. C. de novat.* & *in d. L.* 1. §. 2. Florentini codices exhibent, *ut si nova actio* non vero *ut fiat novatio.* seu legit Faber *d. C.* 3. *&* 70. *Err. pag.* 6. *Prag.* 430. Ex *d.* vero *L.* 60 & *d. L.* 4. nihil firmiter inferri facile legenti patet. Quid quod Cuiac. 8. *ad Afric. in L.* 61. §. 8. *de furt.* contendit, quia quæ consuetudinis sunt, veniunt in bonæ fidei iudicium: hæc autem stipulatio duplæ assidua in venditione mancipii: ideo agi ex empto etiam in duplum, etsi venditor non caverit. Quanquam nec id mihi persuaderi patior per *d. L.* 4. *de act. empt.* Immo retorqueo. Quia usus fert communis interponi stipulationem, debuerunt & illi contrahendo sese accommodare. Quod dum non fecerunt, se ab eo recedere testati sunt. Nec obstat *L.* 31. §. 20 *de æd. ed.* Ibi enim actione ex empto non exigitur præstatio duplæ, sed ipsa stipulatio quam venditor iure postulare potest, etiamsi simplam per errorem stipulatus *L.* 37. §. *ult. de evict.* licet si stipulationem præstare renuat venditor in duplum condemnandus sit. *L.* 2. *de evict.* vid. & A. Fab. 2. *Coniect.* 3. Cæterum si ex stipulatu agatur, æstimatur bonitas ex tempore venditionis *L. bonitatis* 31. *&* 2. *seqq. de evict.* Si ex empto ex tempore quo evincitur *L.* 66. §. *ult. L.* 70. *d. t.* Hæc enim in id quod interest datur & bonæ fidei est, illa stricta, qua inspicitur quod convenit, non an res minor vel maior facta *L.* 64. *d. t.* Cabot. 2. *Disp.* 28. Committitur quoque stipulatio re evicta venditori ante traditionem factam per *L.* 3 *de doli exc.* Cuiac. 25. *Obs.* 26.

promissio accipitur, non etiam fideiussio. *L. sancimus*, *C. de verb. signif.* Verius est igitur in omnibus supra scriptis cautionibus nudam tantum repromissionem exigi, non satisdationem. Una hæc exceptio est, nisi venditor, re tradita, pretium petat eo tempore, quo iam dominii quæstio emptori moveri cœperat. Placet enim propter periculum imminentis iam & denuntiatæ evictionis ita audiendum esse venditorem pretium petentem, ut tamen simul & emptori de evictione recte cautum esse debeat, ne cum re etiam pretium amittat. Idcirco non aliter eum pretium solvere cogendum quam si fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur. *d. L. pen. §. ult. de peric. & com. rei vend.* Nam quod dicitur in *d. L. ex empto*, *§. idem ait*, *de act. em.* satis non dantem auctorem quanti plurimi periclitari oportere, sic accipiendum est, ut sit sensus, non satisdantem, quo casu scilicet satisdare debet, tanti periclitari oportere. Debet autem satisdare, cum id promisit, aut in venditione id ita futurum pactus est. *d. L. emptori*, in pr. *de evict. L. si quis ab alio*, *D. de re iud. L. si quis stipulatus*, 112. *de verb. obl.* Quod sic interpretandum dicimus, ut in *d. §. idem ait* intelligatur esse quæstio, non an debeat venditor satisdare, sed cum debet, ad quid teneatur: de quo illic Ulpianus respondeat.

XV. Atque hæc venditoris obligatio est, hæ ab illo superiorum rerum præstationes, quæ si ab illo ultro obtinentur, obligatio sublata est. Si non obtinentur, est earum omnium rerum nomine actio emptori constituta, quæ ex empto appellatur. *L. ex empto*, 11. in princ. *D. de act. empt.* Nomen ex persona & re, unde nascitur. Est enim origo ab emptore, emptor a facto, quo rem sibi emit, quod factum appellatur emptum. Eadem dicitur empti actio, ut in inscriptione Tituli, *de actionibus empti*, *& venditi*.

C A P. V.

Quid emptor venditori præstare debeat iudicii potestate, & quæ eo nomine actio.

Tria præstanda ab emptore venditori; *& quæ*. I.
- 1. *Pretium: Hoc emptor tenetur facere venditoris, licet hic, re tradita, liberetur*. II.
- *Differentiæ ratio*. III.

Quæ alia ex præstatione pretii consectaria. IV.
- 2. *Res quæ in actionem ex vendito deducuntur. Hæc cuiusmodi. Exempla*. V.
- 3. *Sumptus necessarii atque utiles in re vendita ante traditionem facti*. VI.

I. Sunt etiam invicem, quæ emptor venditori præstare debeat iudicii potestate, constituta eo nomine venditori actione; cui similiter ex persona & re, unde oritur, nomen est, diciturque ex vendito, seu venditi. *L. Iulianus* 13. *§. ex vendito*, & in inscriptione Tituli. *D. de act. empt.* Quæ ex hoc genere emptor venditori præstare debeat tria sunt; pretium; res quæ per occasionem emptionis ad emptorem pervenerunt, extra caussam tamen emptionis: sumptus a venditore in rem venditam utiliter facti.

II. Pretium semper; quoniam nulla emptio sine pretio, quod pro re vendita præstetur. Sed quod in traditione rei traditæ leviter attigimus reiicientes in hunc locum, id hoc loco monendi sumus, non eamdem esse præstationem pretii, quæ ab emptore exigatur, & rei venditæ tradendæ, quæ proficisci debeat a venditore; & simul investiganda differentiæ huius ratio, quæ ut in præstationibus mutuis & æqualibus non facile cuivis occurrat. Est ergo hoc discrimen, ut quanvis hic pecunia pro re, & res vice mutua pro pecunia præstetur; *L. naturalis*, 5. in pr. *D. de præscr. verb.* tamen ita ius sit, ut venditor rem venditam solum tradere debeat, ut quanvis forte tradiderit alienam, liberetur, tantumque obligetur ob evictionem. Contra emptor nummos, quos præstat pretii nomine, venditoris facere cogatur, ut si alienis solutis, cum alii petuntur, dicat se evictionem eorum præstaturum, eoque iubeat eam evictionem exspectari exemplo rei venditæ, non audiatur. Hoc discrimen diserte traditum in *L. ex empto*, 11. in pr. *D. de act. em.* III.

III. Hic vero quæritur [1] differentiæ ratio. Nec immerito, cum in his rebus, quarum una pro altera vice mutua præstatur, æqualitas commutationis & commercii eamdem præstationem ab utraque parte exigere videatur. Et de distinctione superiore, deque obiectione subiecta sic habeatur: si natura emptionis eandem præstationem in re vendita, quam in pretio rei ferre posset, omnino etiam in re vendita eamdem admitti debuisse. Sed si in pretio rei venditæ eam præstationem emptio admittit, in re vendita non nisi traditionem & obligationem de evictione: necessitas cogit id servari in hac re, quod naturæ contractus conveoit. Atqui si res aliena forte vendita est, necesse est aut nullam esse traditionem, aut superiorem traditionem admitti. Nullam esse debere hic traditionem dicere non licet. Nam & naturæ emptionis, & obligationi repugnat. Aliam esse posse traditionem, nempe eam, qua res detur, ne hoc quidem in proposito licet dicere, quandiu res vendita aliena erit. Quid enim? rei alienæ dominium venditor transferet? At non potest transferre, qui ipse dominus non fuit. *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom. L. nemo plus*, *D. de reg. iur.* Dabit aliam, sed suam? at neque hanc debuit, quia non vendidit: neque adeo si maxime velit, solvere potest iure emptionis, quia aliud pro alio solvi invito creditore non potest. *L.* 2. *§.* 1. *D. si cert. pet.* Restat igitur, ut si emptionem in omni re tum nostra, tum aliena valere volumus, hoc statuatur sic venditorem obligari debere, ut rem tradat, quomodo diximus, quo fiat, ut si prius ipse dominus fuit, dominium transferat, si non fuit, præstet solum evictionem. Neque iuste dicet emptor iniquum esse sibi non idem præstari, quod ipse præstet venditori. Consequitur enim re ipsa idem nihilominus, dum ei possessio vacua idest sine interpellatione præsente cuiusquam, & re evicta evictio ei præstatur. In pretio autem emptionis contra evenit, ut semper emptor pecuniam pretii facere possit venditoris iure solutionis. Idcirco quod recta potest, & debet, etiam recte ab illo exigitur. Nam qui fundum emit, exempligratia, centum aureis; centum aureos certos non dixit, quos præstaret, puta hos aut illos; sed centum in genere, centum quoslibet, unde illos exprompserit. Hæc res facit, ut si primo solverit centum alienos, recte ab illo exiguntur alii centum, quos in venditorem transferat, quia alios suos habere potest natura; dum autem alios præstabit, non est periculum, ne dicatur aliud pro alio solvere, quia hos debuit, non eos, quos prius solvit: utpote alienos, quos nequaquam debet, quandiu alios potest recte facere venditoris. Quod si aliquando ut in pecunia pretii genus debetur, sic in re vendita eveniret, ut venderetur genus, puta decem boves, decem equi: idem hic quoque exigeremus a venditore, ut eos boves aut equos præstaret, qui fierent emptoris, nec alienos dando liberaretur. arg. in *L. qui concubinam*, 29. *§. si heres*, *D. de leg.* 3. *L. heres servum*, 58. *D. de evict.*

IV. Hoc in pretio statui id efficit, ut si emptor pretii nomine alienos nummos solverit, non possit agere ex empto utiliter, ut sibi res vendita tradatur, nisi alios nummos suos venditori [2] offerat. *L. Iulianus*, 13. *§. offerri*, *D. de act. empt.* Hoc amplius quamvis nummis alienis solutis res tradita sit emptori: tamen nisi alii offerantur, qui fiant venditoris, potest is rem ut suam vindicare, ad quoscumque possessores ea pervenerit. Res enim venditæ & traditæ ita demum vendito-

[1]) Vulgo DD. ita. Quia venditor speciei, emptor autem generis debitor, ideo cum ille gravius oneretur in eo, quod ipsam rem in specie tradere cogitur, relevari in eo quod tradere, non dare tenetur, Accurs. & Bart. *in d. L.* 11. §. 2, & Ias. *in §. actionum* 28. *I. de act. n.* 134. Mozz. *de Empt. Col.* 3. *de Substantial. Emptionis n.* 9. Cosal. *ad L. ut.* (ipsi penult.) *de servit. n.* 4. & Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 50. *n.* 3 Sed reprobant eam Ant. Fab. 6. *Conject.* 9. (1) quia hoc discrimen non ex æquitate, sed certa iuris ratione. (2) Imo non hic est favor venditoris, qui re evicta, tenetur ad id quod interest, quod sæpe pretium & æstimationem rei egreditur, & Henric. Heidecc. *ad L. naturalis* 5. *de præsc. verb. axiom.* 18. quia heres legatario & promissor stipulanti ad speciem certam obligati, rem tamen accipientis facere coguntur. Faber autem sic: *d. Cap.* 9. Quia inter venditorem & emptorem non id agitur præcipue, ut dominium transeat, sed tum demum si dominus sit qui vendit. Nec inutilis alienæ rei emptio, ex qua & usucapiendi caussa & indemnitati emptoris consulitur, certis remediis. Emptor autem dare cogitur, quia alias solvendo alienos nummos liberaretur omnino, vel ad id quod interesset venditoris, obligaretur, contra iuris rationem *L.* 3. *de in lit. iur.* In quo fere concinit Loriot. *de iur. arte Tr.* 17. *Ax.* 113. Quia id quod interest pretii respectu, quod nulla re æstimari potest, considerari nequit, & Charond. 3. *Verisim.* 13 quia nummi qui certi sunt, *L.* 3. *de in lit. iur* in obligationem eius quod interest, quæ omnino incerta *L. altim. Si quis in ius voc.* converti nequeunt *L. ult. a contrario sensu de pret. stip.* Sed & hæc ratio displicet Heideccio, quia etiam pecuniæ nomine interesse recte petitur *L.* 4. *de eo quod cer. lo.* Quare hanc reddit: quia usus pecuniæ nullus, nisi accipientis fiat. Quæ & Welembecii est *in Par. de act. empt. n.* 7. Arumæ. *ex instit.* 14 *Th.* 4.

[2]) Prius enim implere debet contractum qui prior agit. Si emptor, offerat pretium *d.* §. 8. Sin venditor, prius tradat rem. Quod tamen non semper servari potest. Nam si alterutrius fides vel facultates suspectæ, securitas alia via parari potest, vel interpositis satisdationibus *L.* 16. *de ad. ed.* vel merce & pecunia apud aliquem deposita *L.* 39. *de solut.* Cuiac. 23. *Obs.* 15.

ditoris esse desinunt, & fiunt emptoris, si pretium recte solutum sit, aut [3] fides habita de pretio, ut in dominiis per traditionem transferendis supra diximus.

V. Alterum genus præstationis in emptoris obligatione est, venitque in actionem ex vendito, quod secundo loco posuimus: res nimirum, quæ per occasionem emptionis ad emptorem pervenerunt, cum essent extra caussam emptionis, id est cum iure emptionis ad eum non pertinerent. Huius generis res sunt, quas rem venditam secutas, aut in re vendita inventas emptor per occasionem rei venditæ & traditæ una cum ipsa re occupavit, cum tamen iure emptionis ad eum non pertinerent. Tale est, servo vendito, peculium servi, quod nisi nominatim convenerit, ut accederet, servum distractum non sequitur. In eadem caussa est, etsi quid postea accessit ei peculio. Ideo id totum ex vendito reddendum venditori. *L. quoties*, 29. & 2. seqq. *D. de contr. emp.* Tales fructus, quos ante venditionem contractam perceptos, cum iussi non essent venditioni accedere, emptor per occasionem rei venditæ invasit: quos ideo placet actione ex vendito reposci posse. *L.* 2. in fin. *C. de act. empt.* Constat enim commodum omne rei venditæ ut post contractam emptionem ad emptorem pertinet; sic ante editum venditoris manere: quo in numero sunt hi fructus. *L.* 1. *C. de per. & com. rei vend.* §. *cum autem*, *Inst. de empt. & vendit* Cum autem & hi, & peculium superius per occasionem emptionis occupentur, quasi & ad emptionem pertineant: recte fit, quod earum obligatio & repetitio ad iudicium venditi revocatur; ad quod pertinet efficere, ne plus emptor sibi sumat iure empti, quam venditio ei concedat.

VI. Postremum genus superiorum præstationum, quibus tenetur emptor venditori, sunt sumptus a venditore in rem distractam facti. Sed in eo hæ sunt conditiones tres; si bona fide facti sint; si post venditionem contractam; si ante traditionem. Quorum duæ priores comprehensæ sunt in *L. pen. C. de act. empt.* tertia expressa in *L. Iulianus*, 13. §. *præterea*, *D. de act. emp.* quorum vis & ratio paucis exponenda est. Exigimus primum, ut sumptus facti sint bona fide. Conditio addita, ut removeantur voluptarii & non necessarii sumptus: significentur autem necessarii & utiles: quales sunt, si quid in restitutionem ædificiorum distractorum, in culturam agri, in fructuum perceptionem, collectionemve, in servi aut animalis ægri curationem venditor erogavit. In eadem caussa est, & si quid impendit in eas res, in quas constet emptorem velle impendi, quanvis parum utiliter, *d. L. Iulianus.* §. *præterea*. Hæc actione ex vendito exiguntur ab emptore, *ibidem*; quia etsi venditor in his sumptibus faciendis gessit negotium emptoris; gessit tamen non sua voluntate, sed ut venditor, qui iure emptionis facere necesse habuit: ut factum ex obligatione empti & venditi nascatur. Meminisse enim debemus eius, quod supra diximus, venditorem inter cætera in re distracta custodiam, & diligentiam rei tuendæ omnem adhibere debere. Huius autem custodiæ & diligentiæ pars est, eos sumptus facere, si venditor potest. Neque tamen de suo præstare cogitur, cum incommodum sit rei venditæ, si quid res vendita laborans desideret, ut fiat, ne res pereat, aut deterior fiat. Incommodum autem post perfectam emptionem omne emptoris. Volumus hos sumptus fieri post contractam emptionem: quia quidquid hic est incommodi non ante ad emptorem pertinet. *L.* 1. *C. de peric. & com. rei vend.* §. *cum autem*, *Inst. de empt. & vendit.* Volumus fieri ante traditionem; non sane quod si re emptori iam tradita venditor eorum quæ supra scripta sunt, quid fecerit: non habeat actionem adversus emptorem ad eos sumptus repetendos. Habet enim negotiorum gestorum actionem, quæ proposita est omnibus, qui in res alienas quid impenderunt utiliter. *L.* 2. *D. de neg. gest.* Sed quod non habeat in eam rem actionem ex vendito, qualem nunc quærimus ex obligatione empti & venditi descendentem. Nam qui ita impendit post rei venditæ traditionem, nulla obligatione venditionis cogente impendit: utpote re tradita, omni

3) Si res ante pretium tradita, fide de illo non habita, tenetur emptor ad usuras, *L.* 5. *C. de act. emp* iuxta valorem fructoum rei venditæ, quos percepturus erat, si non vendidisset: etsi ex mora nullum incommodum sensit venditor. Satis enim est quod emptor illos fructus sine caussa perceperit. Cæterum si damnum ex mora, idque excessit valorem fructuum, tenetur quoque ad illud, vid. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 50. *n* 6. & 7. Zoan. *Rer. Quotid. Cap.* 9 Covar. 3. *Resolut.* 4. Ubi autem periculum evictionis imminet, emptor, re licet accepta, non cogitur solvere pretium *L.* 5. *L.* 24. *Cod. de evict.* Sed quia versuti debitores, ut solutionis tempus extrahant, sæpe curant sibi litem moveri, quomodo illis obviam iri possit, vid. Menoch. *de Arb. Cas.* 224. Sed nonquid, fide de pretio habita, in creditum itur? Ita vult Iac. Scultet. *in Addit. ad Modest. Pist. P.* 2. *Quæst.* 59. *n.* 15. Quod non puto, si aperte conventum id non sit, quin etsi conventum, res valde dubia ob pugnam *L.* 15. *de reb. cred.* & *L.* 34. *pr. Mand* Nec censendus est venditor iudicium bonæ fidei ex vendito, quod plenius & uberius condictione certi quæ ex mutuo, tacite remisisse.

omni obligatione rei custodiendæ, & tuendæ liberatus. Quo casu sola negotiorum gestorum actio competit. *L. 6. §. ceterum, D. com. divid.*

CAP. VI.

De locatione & conductione: Quid sit: Quæ personarum, rerum & factorum in hac contrahenda distinctio: Quæ in his verborum notatio.

Locatio & conductio emptioni finitima: & qua in re differat. I.
Locatio alia rerum, alia factorum: distinguendi caussa & ratio. II.
Locatio rerum quid. Quæ in ea personarum factorumque appellatio, & de etymo, seu notatione Verborum. III.
Locatio factorum quatenus ex eorumdem conditione æstimanda; & quando hæc emptionis, aut innominati contractus formam potius, & naturam teneat. IV.
Non eadem semper in illa appellatio factorum & personarum; & quomodo certa eorum definitio explicanda. V.
Locatio tria desiderat, & quæ: iisdem regulis iuris, quibus emptio venditio, continetur: par utriusque ratio: qualis: & quid in utraque dissimile. VI.

I. Emptionem sequitur locatio & conductio, finitimum emptioni genus. *L. 2. D. loc. & cond.* Est autem locatio & conductio & ipsa [1] contractus mutuæ præstationis, sed quo id agitur, non ut pro re, ut in emptione, sed ut pro usu rei, aut operæ, quæ quidem locationem recipiat, pecunia detur. Sic descriptio est huius generis indicata his locis: *L. 5. §. 1. D. de præscr. verb. Inst. de loc. & cond. L. 2.* in fin. *D. loc.*

II. Contrahitur locatio non uno modo: quod pro conditione rei subiectæ accidit. Alia enim rerum locatio est, alia factorum. Est autem hoc discrimen duplex. Nam res privatis usibus subiectæ, omnes locationem recipiunt: & in harum ipsarum locatione semper una & certa persona locatoris, una & certa conductoris. In factis utrumque contra. Nam neque omnia facta locari possunt; & quæ possunt, variatur in his pro qualitate facti, locatoris & conductoris appellatio; ut alias dicatur locator, qui operam præbet; conductor, qui dat pecuniam. Alias e converso ille conductor, hic locator. Quæ cum appareat una definitione non contineri, de his separatim dicendum est.

III. Ergo in rebus sic locationem & conductionem recte definiemus, ut sit locatio & conductio rei, cum res alicui utenda fruenda datur, certa pecunia constituta: quæ pro usu præstetur. Ut illinc re frui licere, hinc pecuniam dari debere pro usu efficiat rei locationem. *L. si quis,* in pr. & *§. 1. L. sed addes, 19. §. si dominus. L. si in lege, 24. §. colonus. L. si fundus, 33. D loc. § præterea, & §. adeo, Inst. de loc. & cond.* In quibus sic factorum & rerum istarum distinctio & appellatio est, ut qui rem fruendam dat certa pecunia constituta, rem locare, unde & locator ipse, & huius factum locatio; qui autem fruendam accipit, conducere dicatur: ex quo & conductor, & factum eius conductio. Ideo & illi ex locato actio adversus eum, qui fruitur; & huic ex conducto adversus eum, a quo res proficiscitur. *L. si quis, 9. §. ult.* & *L. seq. L. ex conducto, 15.* in pr. *D. loc.* Atque hic conductor generaliter in rebus omnibus. Quod si res soli est, in agro quidem colonus, in ædibus inquilinus dicitur. *L. re pignoris, 37. D. de acq. pos. L. ex conducto, 15. §. 1. d. L. sed addes, 19. §. illud, §. si inquilinus, d. L. si in lege, 24. §. si colonus, §. si domus, L. si merces, 25. §. conductor, D. locat.* Pecunia autem quæ datur, dicitur generaliter merces; *Inst. eod.* in pr. in rebus [2] immobilibus specialiter pensio. *d. L. ex conducto, §. Papinianus, d. L. sed addes, §. 1. §. si quis cum. L. quæro, 54. D. loc.* Quorum

1) Contractus ex consensu, certa mercede faciendi aliquid vel utendi, Vult. *in pr. i. h. t.* n. 4. Contractus ex consensu de re vel hominis opera certa mercede fruenda, Hot. *in Comm. D. h. t. in pr.* vid. & Mozz. *de Locat. C. 1. n* 12. *& seqq.* In quibus conveniat vel differat ab emptione Vult. *in d. pr.* n. 8. *& seqq.* (ubi *n.* 22. infert in quibus maxime videtur similis in iis, cum primis discrepare, maxime in quibusdam casibus) & Mozz. *d. Cap* 1. Vid. de hac materia Gomez. 2. *Res.* 3 Fachin. 1. *Contr.* 85. *& seqq.* Gœd *ad. L* 5. §. 1. *de V. S.*

2) Et in his solis Cuiac. 4. *Obs.* 26. Vocatur & pretium *L.* 28. §. *ultim. L.* 51. §. 1. *L. inguam* 58. *hoc tit. L. ult. §. ult. ad L. Rhod. de iac.* sed crebrius merces.

rum verborum hæc ratio & notatio est. Locare est, rem [3] aliquo loco constituere, & ut Varro loquitur *Lib. 4. de ling. Lat. facere, ut res uspiam consistat*. Proinde maxime proprie tunc, cum fit, ut res consistat loco suo, ideſt eo, quam res natura sua desiderat. Id autem facit, omnis, qui rem suam alii fruendam dat certa mercede. Sic enim rem suam constituit apud alium, ut inde fructum rei percipiat, mercedem, cum alioqui fortasse res illi esset vacatura. Ac tunc maxime res bene & suo loco sita intelligitur, cum fructum ad quem ferendum parata est, domino suo reddit. Conducere autem [4] secum ducere proprie significat. Ad eos, qui rei usum accipiunt certa mercede, traductum ex hoc initio. Primum enim ex re recte usurpari cœptum in hac significatione in latronibus seu lateronibus, & stipulatoribus regum. Hi enim sunt auctore Varrone. *Lib. 6. de ling. Lat.* qui redempti sunt primo, ut circum latera essent regi; quorum opera quia in eo erat, ut una ducerentur cum rege, ut eum stiparent, ideo non duci simpliciter, sed [5] conduci dicebantur. Et conducebantur, inquit Varro, mercede. Hinc factum, ut ex conducendi verbo etiam merces pro hac opera intelligeretur. Id autem proprium eius conductionis, quam in hoc contractu nominamus, cum scilicet alios usu nostro conducimus certa mercede. Verbum postea translatum ad res ipsas; primum mobiles, quas mercede acceptas usu nostro nobiscum ducimus: tandem etiam ad immobiles. Inter conductores autem rerum soli, colonus specialiter dictus ab agro colendo: Inquilinus quasi incolinus, ut qui ædes incolat, ideſt inhabitet. Mercedis verbum dictum vult idem [6] Varro a merendo: ære fortasse rectius dictum putemus ex eo, quod merenti cedat: quia verbum merces nec scribitur per æs diphthongum, nec inflectitur ita, ut fit merces, merceris. Quorum tamen utrumque fit in verbo æs æris. At merces mercedis cum dicimus, in hac inflexione utrumque illud, quod dixi, agnoscere possumus. Sed sive hoc, sive illud placet, convenit rei pariter utraque notatio. Est enim merces ea pecunia, quam quis usu rei suæ, aut opera sua meretur, seu meret. Unde mercenarii, qui opera sua ita merent, & quæstum faciunt. Pensio, quod statis temporibus pro usu rei penditur. Atque hæc rerum locatio, & in his superiorum verborum distinctio ac significatio est.

IV. Factorum, ut dixi, non eadem caussa. Nam primum non [7] omnia facta etiam iure non improbata, recipiunt locationem, ut maxime pro iis detur pecunia. Quædam locari possunt; quædam non possunt. Id Paulus exemplis sic explicat in *L. naturalis, 5. §. 1. D. de præscr. verb.* Locari potest, inquit, veluti *ut tabulam pingas*, supple meam. Locari non potest, veluti *ut servum manumittas*; nempe tuum. Nos his exemplis similia comparantes deducimur similitudine in definitionem harum rerum generalem. Et res ita habet, quod & aliis locis eorumque exemplis in eamdem definitionem consentientibus declaratur. Quod factum quis nostro nomine exercet aut in re nostra, aut nostra persona, id tale est, ut possit locari. Ac tunc vere erit locatio, cum mercede constituta exercebit. In re nostra; veluti si convenerit mihi tecum, ut tabulam meam pingas, ut in area mea insulam ædifices, ut ex auro meo mihi vas aut anulum conficias. Quæ definitio prope expressa est in *L. Sabinus, 20. L. convenit, 65. D. de contr. empt.* exempla *ibidem*, in *L. 2.* in fin. *D. locat. §. item quæritur, Inst. eod. d. L. naturalis, §. 1. de præscr. verb.* In persona nostra; veluti, si dem nautæ, aut aurigæ, ut me vehat. *L. sed addes, 19. §. si quis mulierem, D. locat.* Unum genus operæ exceptum est, agrimensoris videlicet: qui quanvis mercedem habeat pro opera; non crediderunt tamen veteres, inquit Ulpianus, cum tali persona locationem & conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi: & id quod datur, ei ad remunerandum dari: & inde honorarium appellari. Hoc ille in *L. 1.* in pr. & *§. 1. D. si mens. fals. mod. dix.* Contra si quis quod facit meo nomine. Id

3) Ita & Don. noster *de Præscr. verb. Cap. 4. n. 3.* quia re accepta in ea aliquis tanquam in constituto loco operam suam locat & conductori impendit. Hopper. *Lib. 4 ωνλαυω pag.* 157. quod locum alicui, ac sedem locator concedat.

4) Aliter Hopper. *d. loc.* a conducibili, quod commodum rei ac fructus conductor percipiat.

5) Fest. *Lib.* 10. Nic. Perot. *Cornucop. in 2. Martial. Epig. f. mihi* 233. *&* *in* 27. *Epigr. f.* 808. Coraſ. *ad L. 13. de off. præf. n.* 2. Ioan. a Woweren. *Animadv. in Petron. ad pag. 92. v. 12.*

6) *Lib. 4. de Ling. Lat. f. m.* 1125. qui tamen *eod. Lib. f. m.* 1139. a merendo simpliciter derivat, & Perot. *Cornucop. in 2. Martial. Epig. f.* 140.

7) Vulgo sic: ref. Loriot. *de Iur. arte Tr. 17. Ax.* 132. Facta conductitia quæ vel meri facti, ut ire Romam; vel non momentanei; ut meo nomine litigare. Non autem quæ sunt ioris & facti momentanei, ut vendere, manumittere. Refellit hoc Loriottus, quia ot Romam eas, non est Locatio *L. 5. pr. de cond. ca. da.* Ut rem oppignores est *L. 19. §. 1. de præſ. verb.* Ipse sic. *Ax.* 133. inter eas personas quæ locare consueverunt *L. 1. pr. si men. fal. mod.* factum locatum dici, quod in re locantis fieret ex. gr. tabulas pingere, facere rivum *L. uit. hoc tit.* custodire servum.

Id certa pecunia constituta exercet in re sua, aut in aliena, hic locatio non est: sed aut emptio, aut alius contractus innominati genus. Emptio est, si certa pecunia constituta, quid facit in re sua, quam postea facto suo adornatam nobis tradat. Veluti si convenerit cum opifice, ut mihi statuam, vas, annulum, vestem ex materia sua faceret, sic deinde traderet. Toties enim emptio est, quoties substantia rei traditæ proficiscitur ab eo, qui tradit. Sic res definitur in *d. L. Sabinus*, & *d. L. convenit, de contr. empt.* congruunt item exempla *d. L. 2. D. loc.* & *§. item quæritur, Inst. eod.* Aliud genus est contractus, cum quis quid ita facit in re sua, ut eam rem non transgrediatur; certe non debeat postea ea res in nos transferri. Quod genus est illud Pauli, eum do tibi pecuniam, ut servum manumittas *d. L. naturalis, §. 1. de præscr. verb.* Quod multo magis dicendum est, si quis quid faciat in re non sua, sed aliena, quam similiter nobis non tradat. Cuiusmodi est, si pecuniam tibi dederim, ut Romam eas meo nomine. In qua specie cum mihi detur dati repetitio, prius quam Romam ieris; in *L. si pecuniam, 5.* in princ. *D. de cond. cav. dat.* ea re satis declaratur in eo negotio non contrahi emptionem, aut locationem, cum in his, ut in emptione diximus, ea de quibus convenit, etiam ultro peti possint: proinde semel data, multo magis retineri, ex regula iuris. *L. invitus, §. primo, D. de reg. iur.* Emptionem non esse perspicuum est, cum nulla sit res, quæ mihi abs te tradatur. Locationem non esse ex eo intelligimus, quod id quod fit, id est ipsa itio, per aliena loca exercetur. De quo scripsi plura in *libro de præscriptis verbis, Cap. 4.* Locationem in his, an aliud genus contractus ob rem dati contrahi dicamus, multum interest. Nam si locatio est, solo consensu obligatio nascetur. Sin illud alterum genus contractus, non nascetur. Ut & in emptione de permutationis placito supra diximus. *L. ex placito, C. de rer. permut. L. 1. D. eod.* Præterea in locatione & similibus contractibus, qui consensu contrahuntur, quod semel datum est ex fide contractus, repeti non potest; ut pretium numeratum ab emptore quanvis venditor rem non tradat. *L. si non donationis, C. de contrah. empt.* In aliis si quid datum est ob caussam, veluti ut Stichum manumittas, caussa nondum secuta ex pœnitentia repeti potest, ut modo attigi, *d. L. si pecuniam, D. de condict. caus. dat. d. L. naturalis, §. primo, D. de præscr. verb.*

V. Cum factum exsistet eiusmodi, quod recipiat locationem, nondum tamen certum in hoc genere, qua in persona ponamus locationem, in qua conductionem, ut quid sit horum alterutrum in factis, in universum definire possimus. Non enim ut in locatione rei, ita hic una & eadem personarum & factorum [8] distinctio atque appellatio est. Est eum is qui operam præstat, dicatur locator, qui ea utitur, & pecuniam dat, conductor. Est contra, ubi ille dicatur conductor, hic locator. In quo hæc distinctio est. Interest, utrum is, qui facit quid nostro nomine certa mercede constituta, præstet nobis in eo solum operam suam sine suo sumptu, quem in opus faciendum adhibeat, an vero id factum quod exercet, exerceat sua impensa. Si quis solam operam nobis præstat in re aliqua, dum scilicet opus exercemus nostro sumptu: is qui operam dat, dicitur locare operam suam; nos qui pecuniam damus pro opera, dicimur operam conducere: ut sit illi actio ex locato adversus nos; nobis adversus eum ex conducto. Veluti, si quis exceptor, aut pictor domi nostræ nobis operam dat, ille ut in charta nostra excipiat quod dictamus, hic ut nostro sumptu tabulam nostram pingat, præter artem & operam ad opus nihil admodum conferens. *L. sed addes, 19. §. ult. D. locat.* Quod si quis opus id quod fit, peragit suo sumptu, pecunia pro opere a nobis constituta: hic inver-

8) Ita Cuiac. 2. *Obs.* 28. Non semper qui mercedem accipit, locator: conductor qui dat. Nam qui domum faciendam dat, locat: qui suscipit, conducit, & passim *h. t. L. 2. L. ult. ad. L. Rhod. de iac.* Ac generatim locator est, qui dat utendum vel faciendum aliquid: qui accipit, conductor. Litterator si ad docendum operas exhibeat ac de mercede paciscatur; locator est: discipuli conductores. Quod si in disciplinam se dantes erudiendos suscipiat, conductor est magister; discipuli locatores, ita Cuiac. vid. eundem. 3. *Obser.* 2. & qui consentit Vult. *in princ. l. hoc tit. n.* 6. Sed rectius noster. Et refellit Cuiacium Rob. 1. *Animadv.* 8. Locator, iuxta hunc, generalius, qui pro mercede faciendum vel fruendum aliquid, vel operam præstat. Conductor qui isthæc suscipit. Hinc cum eveniat ut qui illorum aliquid præstat, simul aliquid suscipiat; idem Locator & Conductor dici potest. Ex. gr. Si loco domum construendam architecto, vicissim ab eo operas conduco. Et sic locator sum & conductor *L.* 22. §. 2. *h.* 1. Qui operas locat *d.* §. 2. *L.* 19. §. 9. *L.* 38. *h.* idem faciendum aliquid conducit *L.* 9. §. 4. *&* 5. *L.* 25. §. *pr. L. ultim. hoc ti.* Replicat Cuiac. 1. *not. Merc.* 10. hoc non magis fieri quam negotium do, ut facias, converti in facio, ut des. Verum si ita conventio inita: do 10, ut ædifices: dans decem, locator: conductor accipiens. Contra si tu operam tuam utendam dedisti ad ædificandum, ego suscepi, tu es locator; ego conductor. Multum deinde laborat Cuiacius ut se ex *d. L.* 22. §. 2. expediat, sed incassum fere. Unde duplicat Rob. 1. *Notar.* 10. perverse contractum locationis, solo consensu contentum, ad normam innominatorum, qui ex re tradita aut facto initium sumunt, redigi.

invertitur factorum, simul & locationis & conductionis appellatio. Nam nos quibus opera præbetur, & a quibus pecunia est, dicimur locare illi opus faciendum: ille, qui mercedem accipit, dicitur opus faciendum conducere. Ut puta, si cum fabro tignario mihi conveniat, ut domum ædificet in area mea sua impensa, certa mercede constituta pro opera, ego dicor illi locare insulam ædificandam: ille ædificandam conducere. *L. item si.* 22. *cum insulam*, *D. locat.* Item, si cum nauta conveniat, ut ego vehar, si quidem ego meo sumptu navem exerceo, & utor tantum nautæ opera ad opus faciendum in navi; ille operam locat, ego conduco; unde illi actio ex locato, mihi ex conducto. At si ipse navem suam exercet, ut solent nautæ, & ego do me illi vehendum, dicor locare me illi vehendum; ille me vehendum conducere: ut iam contra mihi sit actio adversus illum ex locato; illi adversus me ex conducto. *L.* 1. *D. de præscr. verb. L.* 2. in princ. *D. de leg. Rhod. d. L. sed addes*, 19. *§. si quis mulierem*, *L. si merces*, 25. *§. qui columnam*, *L. ea lege*, 51. *§. ult. D. loc.* Prioris distinctionis & appellationis ratio manifesta est. Est enim opera res, quæ a mercenario bene & suo loco locatur, dum ita collocatur, ut ex ea percipiat fructum operæ, mercedem similiter ut fit in rei corporalis locatione. Et eadem ab eo qui accipiat, recte dicitur conduci, quia eam secum ducit mercede, ut fieret si conduxisset rem corporalem. Cum autem eadem interveniant in posteriore locatione, mirum videri potest, cur in ea nihilominus immutentur factorum & personarum appellationes. Sed constat veteribus hæc quoque posterior appellatio sua & optima ratione. Nam qui opus integrum faciendum alii committit, is recte dicitur, & ex verbi significatione opus faciendum locare, qui bono loco locat, dum ei committit, a quo peragatur. Qui autem faciendum accipit, ideo dicitur conducere faciendum, quia etsi nemo conducit, nisi qui pecuniam dat pro re, quam conducit, quod generaliter tenendum est: tamen & hoc ipsum in huiusmodi conductoribus accidit. Nam prius pecuniam suam erogant, & impendunt, quam mercedem operæ accipiant, dum opus suo sumptu peragere coguntur. Qua in re quodammodo pecunia sua emere videntur, ut sibi tradatur opus faciendum. Unde factum in usu veterum & iuris, ut qui aliquod opus suo sumptu faciendum sumunt, dicantur redemptores; quos eosdem conductores operis faciendi esse constat ad *L. ea lege*, 51. *§. ult. L. cum in plures*, 60. *§. lege*, *D. locat, L. redemptores*, *D. de rei vind.*

VI. Sed utrumque superiorum rerum locatio est; utrumque in his factorum & personarum distinctio tum appellatio: apparet ex omnibus, cuiuscumque modi locatio sit, omnem tria hæc desiderare, rem de cuius usu agatur; pecuniam eamdemque mercedem, quæ pro usu præstetur; & conventionem de his rebus ita præstandis. In quibus si quæritur, quid servandum sit, utemur in eo veterum regula, quam huc referri oportet, locationem & conductionem proximam esse emptioni & venditioni, iisdemque iuris regulis consistere. *L.* 2. *D. locat.* Id hanc significationem habet. Ut emptio sine re; ita sine re locatio & conductio nulla est. Res locationis propria est rei corporalis usus, aut præstatio operæ, quæ & ipsa quasi quidem usus est operæ. Qualia hæc essent cum in rebus tum in factis, supra diximus. Ut in emptione pro re pretium; sic in locatione pro usu rei vel operæ intervenire oportet mercedem. Quam & in singulis tum rebus tum factis exegimus. Quam ob caussam sicut emptio, ita & locatio donationis caussa contrahi non potest. *L. sicut*, 20. *D. locat.* Sic autem videtur contrahi donationis caussa, cum merces ita ponitur, ut locator donationis caussa non sit exacturus. *L. cum in venditione*, 36. *D. de contr. empt.* Idem est, & si quis conduxerit nummo uno. Nam & hoc, inquit Ulpianus, donationis instar inducit: unde & hic ullam conductionem esse negat. *L. si quis*, 46. *D. loc.* In mercede itidem ut in pretio duo spectanda. Primum ut consistat [9] in pecunia numerata. Quod si pro usu rei aliud quid præ-

9) Consentit Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 3. Mozz. *de Locat. Cap.* 2. *de Divis. Locat. n* 4. *&* *Col.* 5. *n.* 2. Fachinæ. 1. *contr.* 82 Quæ & sententia receptior, quam probant ex *L.* 5. *§.* 2. *de præs. verb* Contra Cuiac. 8. *ad Afr. in leg.* 35. *§.* 1. *hoc tit.* Coras. 2. *Misc.* 11. Pinel *ad Rub. Cod. de resc. vend. P.* 2. *n.* 29. *& seqq.* Hopper *Lib.* 4. [illegible] *pag.* 160. Wes. *in Par hoc tit. n* 7. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 53. Vult. *in pr. l. hoc tit. n.* 19. *&* 1. *Iurisp.* 36. *n.* 14 Ercisendo, partes non inscite componit Greg. Lopez. [illegible], C. 15. *n.* 3. *& seq.* [illegible] locatione faciendi merces tantum in nummis. In locatione vero fruendi etiam in fructibus vel alia re. (1) Omnes enim Leges quæ de pecunia numerata, loquuntur de locatione factorum. Contra aliæ de locatione rerum. Ratio differentiæ. Illic, si non sit merces in nummis, contractus referri potest ad negotium, do ut facias. Hic non potest nisi do ut des. At is contractus innominatus nullus est præter permutationem. Nec propter traditionem reduci potest ad genus facio ut facias, quia traditio non est factum, quod cadat in eum contractum. Nam & venditio traditionem, non dationem, exigit, & tamen venditio est species contractus do ut des. (2) Quia locatio rerum, si merces non sit in nummis,

præstetur, locatio non erit. *§. præterea, Inst. de loc. & cond.* Nam quod dicitur in *L. si olei*, C. de locat. *si olei certa ponderatione fructus anni locasti, a contractu bona fide habito, propter hoc solum, quod alter maiorem ponderationem obtulit, recedi non oportere: locasti* dictum est [10] abusive, dum imperatores referunt verba consultricis, quæ in specie facti proponenda hoc verbo usa erat. Cæterum re vera locatio non fuit. *d. §. præterea, Inst. de loc.* Neque res caret exemplo, ne quis forte nos hic divinare criminetur. Nam similis plane abusio verbi commodati in specie facti proponenda ex verbis contrahentium legitur in *L. si gratuitam*, 17. *§. si cum unum*, *D. de præscr. verb.* & in *d. §. præterea*, ubi tamen postea negatur esse commodatum. Alterum in mercede spectandum, similiter ut in pretio, ut certa ab initio constituatur. Quæ si in alienum arbitrium collata erit, eadem distinctione servabitur [11] locatio, qua in eadem conventione emptionem servari diximus, ut declaratur fusius *Inst. eod.* in pr. *L. si merces*, 25. in princ. *D. eod.* In locatione & conductione conventio & finis dandi accipiendique idem. Hæc enim conventio est, ut rei usus, vel operæ præstetur, similiter ut rem in emptione præstari oportet: ab altera autem parte ut detur pecunia, non præstatur solum. Quod & ipsum quale esset supra in singulis generibus locationis intellectum est. Unum dissimile est, positum in rei præstatione seu traditione. Nam in emptione & venditione sic res ut plurimum traditur emptori, ut perpetuo sit apud eum: unde & perpetuo evictionem præstat. *L. ex empto*, 11. in princ. *D. de act. empt.* in locatione & conductione non aliter placuit hanc contrahi, quam si res non ad longum tempus detur. Quod si ita detur res soli fruenda, ut sit constitutus usus vel in perpetuum, vel ad longum tempus, primo quidem dubitatum, emptione esset, an locatio: tandem obtinuit neutrum esse, sed [12] proprium contractum, qui dicitur emphyteuticarius, de quo supra in iure emphyteutico dictum est. *§. adeo, Inst. de loc.* Quam speciem ad superiorem differentiam atque hunc locum referre convenit. Quod si de re & mercede ita præstandis, ut diximus, convenerit, tum perfecta locatio & conductio est. Quod fit solo consensu similiter ut in emptione. *L. 1. & 2. D. loc. Instit. eod. tit.* in princ.

nummis, facile potest reduci ad partiariam locationem, & immo alias partiaria locatio, non esset locatio. (3) Nec posset alias esse locatio, in *L. 35. §. 1. in fin. D. L. 8. Cod. hoc tit.* (4) Denique & quoad alia diversæ hæ species diverso iure reguntur. Sic regula, Locatio non mutat dominium, pertinet ad solam locationem fruendi. Et quando requiritur pretium in nummis, id fit ut distinguatur emptio a permutatione; locatio faciendi a do ut facias. Locatio autem faciendi, etsi in alia re merces, fatis distincta est a commodato, quia non gratuita. Nec in alium transit contractum, etsi res alia detur loco mercedis. Nihil igitur est quod pecuniam numeratam requirat, ita Lopez.

10) Hotom. *in Comm. de præscr. verb. pag.* 179. esse quasi locationem, & dici sic eo modo quo verbum *vendidi* in *L. 6. de præs. verb.* ea intentione scilicet contrahentium Zaf. *ad L. 5. pr. de cond. ca. da. n.* 5. ita vocari propter affinitatum Symbolizationem, ut loquitur. add. Fachin. 1. *Contr.* 82. Sed Coras. 2. *Misc.* 11. *n.* 4. nihil inconcinnius esse vulgari expositione *locasti*, id est, *Usus concessisti*. (1) quia titulus resistit. (2) in *d. L.* 21. pœnitentiæ non est locus. Esset autem si contractus innominatus, & Cuiac. *d. Lib. 8. ad Afr.* quia do ut facias non est contractus bonæ fidei. Res expedita est, si distinctionem Lopezii *ut N. præced.* sequamur.

11) Quid si res simpliciter locata iusta mercede? Si locari solita certo pretio, illud conventum censetur, per *leg.* 18. *Cod. hoc tit.* Sin secus, nec de pretio consueto liquet, non erit locatio, sed præscr. verbis aget dominus, in personam, vel actione in factum ex æquitate, ita Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 4.

12) Volunt DD. locationem ad tempus non modicum transferre ius reale, possessionem & utile dominium, Tiraq. *de Retr. lignag. §. 1. Gl. 14. n. 79. & seqq.* Forst. 1. *de Success.* 45. *n.* 35. *& Lib. 2. C. 2. n. 14. & seq.* Mozz. *de Locat. C. 2. de Divis. locat. n. 7. & seq.* Unde & quatenus alienatione vetita locatio talis permissa sit, tractant Tiraq. *d. loc. n. 81. & seq.* P. Anton. de Petra *de Fideicom. ex prohib. alien. Quæst.* 8. *n.* 81. *& multis seqq.* Pinel. *in L. 1. Cod. de bon. P. 3. n. 63. & seqq.* Sed non esse alienationem ostendit, post Conuan. 7. *Comm.* 12. Rittersh. *Lib. 2. Partit. feud. C. 3. Quæst.* 36.

CAP. VII,

Locati & conducti obligationem mutuam esse inter locatorem & conductorem; Ex ea quæ utrique mutuæ actiones. Ac primum de locatoris obligatione. Duabus præstationibus hanc contineri; ut præstet locator conductori re locata uti frui licere: & ut eum in ea re indemnem præstet. Tum quibus partibus harum præstationum unaquæque constet,

I. LOcatione contracta, ut ex emptione inter emptorem & venditorem, sic ex locatione & conductione nascitur solo consensu obligatio, ex qua mutuæ sunt inter locatorem & conductorem, neque dissimiles admodum præstationes. Similes quoque actiones utrique proditæ earum præstationum obtinendarum caussa; nominibus scilicet, inditis ex persona cuiusque cui hæ actiones attribuantur; conductori ad ea obtinenda, quæ ei a locatore præstanda sunt, actio ex conducto. *L. ex conducto*, 15. *D. loc.* locatori ad ea, quæ conductorem ei præstare oportet, actio ex locato. *L. qui insulam*, 30. *§. qui mulas*, *L. si locatum*, 42. *L. si vulneraveris*, *seq. D. eod.* quæ eædem dicuntur locati & conducti, *Inst. de loc. & cond.* in pr. *L. in iudicio*, *C. eod. tit. d. si locatum*, *D. eod.* unde inscriptio Tituli *D. locati & conducti*. Quæ huius obligationis pro natura & potestate iudicii præstationes sint, nunc quærimus. Quæ cum nonnihil dissimiles sint in conductione rerum, & in conductione factorum, in singulis autem his generibus aliæ a locatore, aliæ a conductore: natura harum rerum postulat, ut de generibus ipsis conductionum, & in his de personis locatoris & conductoris in hac quæstione separatim dicatur. Et quoniam rerum conductio notior est, & communior, in hac autem locatoris prima caussa ad locationem implendam, ab harum rerum utraque ordiemur.

II. Cum ergo de rerum conductione agitur, quæriturque primum, quæ hic locatoris obligatio sit, quæ ab eo pro potestate huius iudicii præstationes; ita statuemus, earum præstationum duo esse genera. Unum, ut præstet locator conductori re conducta frui licere. Alterum, ut quoad eius ex bona fide fieri potest, præstetur conductori indemnis locatio: ut sic in summa, earum præstationum pars ad rem fruendam, pars ad indemnitatem conductoris pertineat. III.

III. Primum, ut dixi, locatoris munus est, idem in locatione & conductione perpetuum, ut locator conductori præstet re conducta frui licere. Traditum in *L. si quis domum*, 9. in pr. *L. ex conducto*, 15. in pr. *L. si fundus*, 33. in pr. *D. loc.* Hunc fructum ut obtinere liceat, tribus in rebus positum est: in rei locatæ possessione; in possessæ usu, & utentibus nobis in fructus rei perceptione. Primum est enim ad fructum consequendum, ut rem possideamus, sine quo ne re quidem uti possimus, nedum frui. Proximum, ut possessa utamur ad eum usum, ad quem res quæque parata est. Postremum, ut utentes, sic denique eum fructum, qui ex re quæritur, percipiamus. Quem quidem præstari præcipuum locationis munus & summum est. Sed tamen eiusmodi, ut apparet, ad quod nisi prioribus duabus præstationibus præcedentibus tanquam quibusdam gradibus perveniri non potest. Sunt igitur constituta tria hæc ad præstationem in obligatione locatoris, qua de re fruenda agitur; rei locatæ possessio; usus, ad quem res parata est; & fructus, quicumque ex re potest percipi.

IV. Inprimis rei possessio. Unde actio conductori ex conducto, si forte ei possessio, aut totius agri, aut partis non præstatur, *d. L. ex conducto*, in pr. *loc.* Neque interest, qua vi prohibente in possessionem rei locatæ is non veniat, aut ea possessione pellatur: utrumne locatoris opera, aut qua alia vi externa, occupato puta fundo a prædone, vel ab hostibus, aut evicto, publicatove, aut ædibus incendio vel ruina sublatis, *d. L.* 9. in pr. *d. L. si fundus*, 33. *L. & hæc distinctio*, 35. *loc.* Tantum hic de possessionis verbo moneri oportet, possessionem hoc loco accipi debere eam, quæ personæ conductoris conveniat, nempe possessionem naturalem, seu detentionem; non veram possessionem, quæ solius eius est, qui animo domini possidet. *§. idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acquir.* Quo sensu, cum hic animus absit a colono & inquilino, & generaliter ab omni conductore, ideo recte dicuntur nec vivo, nec mortuo ullam possessionem habere. *L. non solum*, 31. *§.* 1. in fin. *D. de usurp. & usuc.*

V. Nihil agit possessio seu detentio rei locatæ ad fruendum, nisi accedat usus talis, ad quem res quæque parata est. Quinimmo huius ipsius usus caussa possessio rei locatæ quæritur, dum id agitur, ut per possessionem re uti, per usum re frui liceat, nam usus fruendi pars est. *L. per servum*, *§.* 1. *D. de usf. & hab.* Hunc ergo usum & locator conductori præstare debet. Quod cum dicimus, hoc dicimus omnia conductori esse præstanda, sine quibus ad illum modum re conducta uti non potest. Ni præstentur, locatorem eo nomine teneri. Quibus de caussis etiam sæpe licet conductori deserere conductionem. Ea qualia sint, propositis exemplis ædium, fundi, doliorum locatorum intelligi potest. De quibus ideo in hoc genere illa, quæ sequuntur, ad hunc usum pertinentia responsa apud veteres legimus.

VI. Ædes ad inhabitandum paratæ sunt, ut his uti liceat adversus iniuriam tempestatum, & furum, & ad res privatas domi gerendas. His corruptis & perfluentibus, aut apertis ad eas res uti non possumus. Quare locator reficere, & integras præstare conductori debet. Ni facit, ex conducto tenetur. *L. ex conducto*, 15. in pr. *L. cum in plures*, 60. in pr. *D. loc.* Est tamen aliquod incommodum habitationis & refectionis, cuius partem habitatores sustinere debeant. Si sit videlicet refectio necessaria, & præcipuus usus eorum non impediatur. *L. habitatores*, 27. *L. quod si seq. D. loc.* Idem placet eadem de caussa, si ostia, fenestrasve nimium corruptas non restituat. *L. si merces*, 25. *§. si vicino*, in fin. *D. eod.* Et ad eum usum, quem dixi, lumine ædibus opus est, quantum satis sit ad usus diurni moderationem. Inde etiam placuit, si lumina ædium obscurentur, quanvis vicino eoque extero ædificante, similiter teneri locatorem, quasi usu ædium non præstito, quem oportet. Hoc in *d. L. si merces*, *§. si vicino*. Sed & ibidem scriptum est, nullam dubitationem esse, quin his de caussis liceat colono vel inquilino relinquere conductionem.

VII. In prædiis rusticis utimur prato aut saltu pascuo ad pascendum. Neque vero id licet, si ibi mala herba nascitur, qua depasta pecora moriantur, aut deteriora fiant. Ideo placet si in his eiusmodi aliqua herba erit, & quid eorum contigerit quæ dixi, eo nomine locatorem teneri. *L. sed addes*, 19. *§.* 1. *D. eod.* Fundo utimur ad fructum inde percipiendum. Proinde & ad colendum, & ad ea omnia facienda, sine quibus fructus nasci, aut natus percipi non potest. Quas ad res omnes opus est instrumento. Quare & fundo locato placuit, quæ instrumenti essent, ea locatorem colono præstare debere, ac nisi præstet, ex locato teneri, ut est in *d. L.*

d. L. sed addes, §. *illud*, *D. locat.* ex locato, id est ex caussa locationis: non autem actione ex locato, quæ locatori competit, sed actione ex conducto, quæ sola conductori datur ad ea, quæ ei præstanda sunt, persequenda. *d. L. ex conducto, D. eod.* Atque hinc quæsitum, quæ soleat, & debeat locator instrumenti nomine præstare. Locus expositus in *d. L. sed addes*, §. *illud*.

VIII. Dolio & vase ad humorem capiendum, & servandum utimur. Quam ad rem idoneum non est, si est vitiosum. Ideo his locatis pertinet ad hunc usum, ista integra nec vitiosa tradere. Hac de caussa nisi id fit, placet locatorem eo nomine teneri. *d. L. sed addes*, §. 1. Quæ omnia ex definitione apparet ad eum usum, quem hic quærimus, referri.

IX. Usum sequitur fructus, qui ex re percipitur, quem & ipsum conductori præstari volumus. *L. exceptio*, *C. de loc.* Adeo autem huius perceptio conductori præstanda est, adeoque ut id fiat, ad ius & caussam locationis pertinet: ut placeat fundo locato, si quo anno sterilitas contigerit, quanvis casu sine culpa locatoris; quocumque casu id contigerit, tamen esse hic, quod locator conductori præstare debeat; nempe saltem mercedis [1] remissionem & exonerationem. *L. ex conducto*, 15. §. 1. *D. eod.* Sed his conditionibus duabus: una, si sterilitas fuerit, ut nulli perciperentur fructus supra quantitatem seminis: non etiam si exiguitas fructuum dumtaxat. *d. L. ex conducto*, §. *cum quidam de fructuum*, §. [2] *ubicumque*. Altera, si in unum tantum annum fuerit locatio, in quem sterilitas incidit; aut in plures quidem annos puta quinquennium, sed ita, ut nulla maior solito ubertas aliorum annorum fuerit. Nam si quo anno alio contigit ubertas, placet etiam pro eo anno, qui sterilis fuit integram pensionem exigi posse, quanvis forte ob sterilitatem ante remissa esset a locatore: at sic unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo pensetur. *d. L. ex conducto*, §. *Papinianus*, *L. si merces*, 25. §. *vis maior*, *D. loc.* Summam huius iuris breviter & commode comprehensam legere est in *L. 3 licet. C. eod.* Non idem placuit in partiario colono. Ut enim is conductor non est, sed socius: ita & societatis iure damnum & lucrum cum domino fundi partitur. *d. L. si merces*, §. *vis maior*. *D. eod.*

X. Ut autem fructus rei locatæ conductori præstandus est; sic fructus omnis, qui ex re percipi potest. Fructus, ut alias docuimus in usufructu, duplex est, naturalis, & civilis. Naturalis, qui ex corpore rei nascitur, ut ex agris segetes, sata; poma ex arboribus. Civilis, qui iure percipitur: quo in numero sunt mercedes & pensiones rerum locatarum, quæ aliunde quam ex re, iure tamen percipiuntur, quia actione. Distinctio tradita in *L. si navis*, 62. in pr. *D. de rei vind.* Utrumque hoc, inquam, genus, conductori tribuitur in re locata. De priore iam dixi. Non minus ad eum pertinet & posterius. Quod si est, etiam conductoris illa esse oportet, propter quæ id fructus genus percipitur. Id autem est, rem conductam [4] alii locare licere, unde mercedem locationis secundæ percipias. Quod & placuit. Hinc natum illud, neminem prohiberi rem, quam conduxit fruendam, alii locare, si nihil aliud convenit, idque esse in iure conductoris: ut si dominus secundum conductorem prohibeat uti frui, primo conductori eadem sit actio, quæ illi foret, si ipse prohiberetur. *L. nemo*, *C. de loc.* *L. 7. L. 8. L. cum in plures*, 60. in pr. *D. loc.* Quod si conductori hoc tribuimus, quia ad eum fructus rei locatæ pertinet, & hic fructus rei est alii locare licere: etiam hoc illi tribui intelligendum est, alii rem utendam aut fruendam gratis concedere. Nam & hic rei fructus est, re alii concessa, beneficii debitorem acquirere. *L. si pignore*, 54. §. 1. *D. de furt.* Et certe eadem hæc omnis

1) De qua exoneratione ex caussa sterilitatis vid. Pinel. *ad L. 2. Cod. de resc. vend. P. 1. Cap. 3. n. 21. & seqq.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 54. Menoch. 2. *Arb. Cap.* 76. *& seq.* Gomez 2. *Resol.* 3. *n.* 18. Goth. *in not. L. 8. Cod. hoc tit.* Mozz. *de Locat. Cap. de Accidentalib. n. 21. & seqq.* Covar. *pract.* QQ. *Cap.* 30. Greg. Lopez. *Animadv. Cap.* 16. Susissime Hier. Pantschmen *Lib.* 1. Q. 1. qui post S. diversas sententias relatas & examinatas, tandem *n.* 32. iudicis arbitrio id relinquit, & Q. 2. ac 3. tractat quomodo probanda sit sterilitas, item quatenus pensio remittatur, &c.

2) Ubi Hot. 4. *Obs.* 21. negatione adiecta legit *non pertinere*, quam & quosdam libros habere testatur Pantschman. *Lib.* 1. Q. 1. *n.* 6. Sed non necesse est ita legere. Nam affirmantis lectionis idem sensus quem exigit Hotomannus, scilicet ipsum quidem semen amissum non posse repeti a domino, nec id quod interest ratione impendiorum, sed tantum ea caussa remittendam esse mercedem, ut vox *supra* referatur ad verbum *declaratur*, supra videlicet in §. 2. vers. *sed etsi labes*.

3) Ubi Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 5. pro *ut* reponit *aut* volens duplicem ibi tradi exceptionem. (1) Nisi contra convenerit. (2) nisi mos sit regionis, ut etiam citra conventionem casus fortuitos recipiat conductor. Male, quia & obsistit parenthesis, cui inclusa verba, *ut mos, &c.* nec facile consuetudo istiusmodi sustentaretur, ceu irrationabilis, per *L.* 28. *C. hoc tit.*

4) Æque tamen idoneo & ad eundem usum, arg. *L.* 13. §. *ult. de Usuf. L. 7. de Usu & hab.* Tenetur autem secundus conductor primo actione personali, non autem domino primo locatori, tametsi & res ipsius pro pensione obligatæ sint, Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 11. *& seq.*

mnis potestas locandæ aliis aut gratis concedendæ rei usufructuario tribuitur. *L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*, *D. de usufruct.* Qui tamen nihil amplius habet quam hunc ipsum usumfructum, quem conductoris esse volumus.

XI. Et hæc quidem præstanda sunt conductori, ac nisi præstentur, tenetur, ut diximus locator eo nomine ex conducto. Sed hic non consistimus. Sciendum est ex his caussis locatorem non semper teneri uno modo. Tenetur autem bifariam: alias ad exonerationem solam mercedis; alias in id omne quod conductoris interest.

XII. Inter quas præstationes cum multum intersit, etiam hoc superest ad explendam huius partis obligationem, ut utra harum præstationum locum habeat, videamus. De quo statuendum est ex casu, aut locatoris culpa. Multum enim refert, utra ex his caussis fiat, ut conductor rem possidere, re commode uti, fructum ex ea percipere prohibeatur.

XIII. Si prohibetur casu sine culpa locatoris; quemadmodum alias receptum est, ne casus fortuiti ullo iudicio a debitore præstentur: *L. contractus*, *D. de reg. iur.* ita in hac re accidit, ut quicumque huiusmodi casus est, quo superiora non præstentur conductori, hunc casum locator non præstet. *L. in iudicio*, *C. de loc.* Id est non ita eo nomine teneatur, ut si quid ex ea destitutione damni est conductori, id præstet. Cæterum quia non est æquum, certe non ex natura locationis & conductionis pro usu mercedem præstari, ubi hic usus conductori non præstatur: hoc illi saltem relinquitur, ut exoneretur præstatione mercedis: quæ exoneratio duorum alterum continet, aut ut remittatur ei pensio, si hanc nondum solvit: aut si prærogavit, ut ei reddatur pro rata temporis, quo fruitus non est. *L.* 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque*; *L. si fundus* 33. *D. loc.*

XIV. Casum vocamus præcipue vim omnem externam, cui obsistere locator non potest, qua fit, ut aliquid eorum, quæ supra diximus, non præstetur conductori: ut si incendio consumptæ sint ædes, si fundus chasmate perierit, si idem publicatus, aut ab hoste vel prædonibus vi occupatus fuerit eiecto colono. *d. L.* 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. *L. si merces*, 25. §. *vis maior*, *L. si fundus*, 33. *loc.* Sed & hic [5] casui annumerandum est, ut sit superiori tantum remissioni locus, si dominus demolitus quidem sit ædes, ut reficeret; sed coactus, ut id faceret propter insulæ vetustatem. *L. & haec distinctio*, 35. *L. habitatores*, 27. *D. eod.*

XV. Hic tamen ex omnibus casibus duo excipiuntur. Evictio rei locatæ, & doliis locatis, damnum ex eo vitio contingens. Nam si quis domum bona fide emptam, vel fundum locaverit, eaque sint evicta quanvis [6] sine dolo malo, culpave eius. Placet *nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei præstetur, frui quod conduxit, licere*, ut totidem verbis scriptum est in *L.* 9. in pr. *D. loc.* quo significatur nisi id præstetur, agi in id quod interest, ut fit in omnibus faciendi obligationibus. *L.* 1. *D. de act. empt. L. si quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud.* Sed & hoc de supra scripta specie satis significatur in §. 1. *eiusdem L.* 9. ubi per dissimilitudinem in specie subiecta dicitur quidem teneri locator, ex conducto, ut prius: sed hoc dissimiliter, quod teneatur tantum ad hoc, ut præstet pensionem pro eo tempore, quo fruitus fuit. Sed & doliis vitiosis locatis, si quod infusum erat, propter vitium dolii amissum sit: placet locatorem eo nomine teneri in id quod conductoris interest, quanvis ignorans locaverit, nec in eo ulla culpa sit, quod vitium ignorarit, ut qui forte immissa aqua explorarit bonitatem dolii, cuius tamen vitium latens interim se non exeruerit. *L. sed addes*, 19. §. 1. *D. loc.* Quorum tamen de utroque eum iusta sit dubitatio, hanc, ut licet, ut se locus dat, breviter eximamus.

XVI. Et de fundo evicto controversiam facit exemplum fundi publicati. De quo in *d. L. si fundus*. 33. *D. eod.* ita scriptum est, conductorem eius solum temporis, quo fruitus non est, mercedem non debere, non etiam ei præstari, quanti eius interfuit frui. Quid ergo interest, dixerit aliquis, ad culpam locatoris, utrum locatus fundus evictus sit, an sit publicatus: cum crimen locatoris, eoque & maxima culpa eius publicationi caussam dederit? Et differentiæ ratio est. Quod qui fundum simpliciter locat, locat ut suum, ac talem esse dicere intelligitur. Quod quia dicit, præstare talem debet, ac nisi præstet,

5) Vid. Cuiac. 8. *ad Afr. in L.* 35. *h. t.* Pac. 5. Q. 16. De denunciatione casus quando fieri debeat domino locatori, per *L.* 3. §. 7. *h. tit.* Tessaur. *Decis.* 108. Pantschman. *Lib.* 1. Q. 4.

6) Vulgo tamen distinguitur, an a sciente res aliena locata sit, ubi omne quod interest præstetur, an ab ignorante, ubi sola exoneratio mercedis per *L.* 35. *pr. h. tit.* Unde A. Fab. 2. *Coniect.* 5. ibidem verba, *per fraudem* ceu irreptitia expungit, notatus a Vinc. Cabot. 1. *Disp.* 26. quem vide.

ſtet, tenetur in id quod intereſt. Alioqui decipit conductorem *L.* 9. §. 1. in fin. *D. locat. arg. L. Iulianus*, 13. §. *quod autem*, *D. de act. empt.* Iam vero talem fundum præſtat locator is, cuius is fundus publicatus eſt. Ideo enim publicatur, quia eius fuit; cum non alia publicentur, quam damnati bona. *L.* 1. *L. ult. D. de bon. damnat.* At non item hoc præſtat is cuius fundus evictus eſt. Ideo enim evincitur, quia fuit alienus, aut alii obligatus, quod & ipſum alienationis ſpeciem habet. *L. ult. C. de reb. al. non al.* Hanc autem illius iuris rationem fuiſſe veteribus, ex eo intelligere poſſumus, quod ſi quis locaverit rem alienam nominatim ut alienam pro eo tantum iure, quod in re habuit, finito iure, & ob id re conductori evicta, locator, aut heres eius non teneatur, ut præſtet in reliquum tempus conductori frui licere, eoque nec ſi id non præſtet, teneatur eo nomine in id quod conductoris intereſt. Quod de fructuario, qui ut fructuarius fundum locaverat in quinquennium, & ſtatim deceſſit, reſponſum eſt continenter in *d. L.* 9. §. 1. *D. locat.* Vitabit tamen periculum evictionis, etiam ille, qui domum ut ſuam locaverat, quæ poſtea evicta eſt, ſi ſuam putans, puta bona fide emptam, locavit, & paratus ſit aliam habitationem non minus commodam præſtare. *d. L.* 9. in princ. De dolio vitioſo movet ſimiliter quæſtionem exemplum ſaltus paſcui, in quo mala herba naſcitur. Hunc ſi quis locaverit, præſtat quidem id quod intereſt, ſi ſcivit. Sed ſi ignoravit, non placet amplius exigi ab eo, quam ut penſionem remittat. *d. L. ſed addes*, §. 1. Quæritur igitur, cum utrobique ſit ignorantia, cur, ſi pariter culpa eſt in locatore, non pariter is obligetur in id quod intereſt: ſi non eſt, cur non pariter teneatur ſolum ad mercedis remiſſionem. Scio dici poſſe, ignorantiam iſtam non pariter in his æſtimari, propterea quod qui ſaltum locavit, potuerit iuſte ignorare in eo ſaltu malam herbam eſſe, cum non ſit cuiuſvis noxias herbas a bonis diſcernere. Qui autem vitioſa dolia locavit, potuerit vitium explorare & ſine damno, aqua immiſſa. At ego de eo loquor, qui hoc ipſum explorans cognoſcere primo non potuerit. Dicamus igitur hic quoque idem, quod modo in fundo evicto, quodque ſupra in vaſis vitioſi venditione diximus, eum qui vaſa vitioſa ignorans locavit, nihilominus teneri eo nomine in id quod intereſt, quia dolium locans, hoc ipſo quod dolium dixit, pro [7] integro locavit, ſeu vi ipſa integrum dixit; quia non eſt dolium, niſi vas, nec vas, niſi inſtrumentum ad capiendum humorem paratum. Quidquid autem in emptione aut locatione emptor locatorve dixerunt, id præſtare eos oportet. *d. L. Iulianus*, 13. §. *quod autem*, *D. de act. em. d. L.* 9. §. 1. in fi. *D. loc.*

XVII. Quod ſi culpa locatoris aliquid non præſtabitur eorum, quæ ſupra diximus, dum per eum frui non licet: tum is tenetur conductori non ad remiſſionem tantum mercedis, ſed in id omne, quod conductoris intereſt re conducta frui licere. *L. nos videamus. L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque*, *L. ſi fundus*, 33. *D. locat.* In quo ut in cæteris cauſſis & damni quod ex ea re contigit, & lucri, quod conductor facere potuit, ratio habebitur, *d. L. ſi fundus*, 33. in fin. *D. loc.* Damni exempla hæc ſunt. Locatum eſt dolium vitioſum, deinde vinum effluxit. Locatus ſaltus paſcuus, in quo mala herba naſcebatur, cum ſciret locator, qua ex re pecora demortua ſint, aut deteriora facta. Hæc damna locator præſtabit. *L. ſed addes*, 19. §. 1. *loc.* Item qui fundum conduxerat in quinquennium, ſumptus fecit in fundum quaſi quinquennio fruiturus. Culpa locatoris ſi eiicitur, hos ſumptus recipiet a locatore. *L. ſi quis domum*, 9. §. 1. in fin. *locat.* Lucri quod conductor facere potuiſſet, exempla hæc. Qui conduxerat inſulam quinquaginta: eam Titio ſexaginta locavit. Si Titius ſecundus conductor a domino prohibitus fuerit habitare, conſequetur medius a domino, quanti ſua intereſt, in quo & eius quanto amplius locavit, ratio habebitur. *L. ſi tibi*, 7. *L. nos videamus*, 8. *L. qui inſulam.* 30. in pr. *loc.* Item colonus qui conduxit in quinquennium, ſi ei frui non licet, ita totius quinquennii nomine recte aget, ut quantum per ſingulos annos compendii facturus erat, conſequatur. *L. ſi in lege*, 34. §. *colonus*, *D. eod.*

XVIII. Culpa locatoris ſic æſtimanda eſt. Aut enim agitur de vitiis rei locatæ, aut de præſtatione eorum, quæ a locatore ut faciat, exigi diximus. In vitiis rei locatæ culpa locatoris eſt, ſi non ignoravit, & non admonuit conductorem. Atque hinc obligatio, & adverſus eum actio in id quod conductoris intereſt. *L. ſed addes*, 19. §. 1. *L. ſi fundus*, 33. *D. loc.*

7) Ut probat aperte *L.* 6. §. 4. *de Act. empt.*

loc. In præstatione autem rerum, culpa locatoris esse existimatur, sive per eum fiat, quominus conductor frui possit, sive per alium, quem locator possit prohibere, *d. L. si in lege*, 34. *§. colonus*, *d. L. si fundus*, 33. *loc.* Verumtamen hoc sic accipiendum est, nisi si quando liceat locatori rem locatam ad se revocare, & eius usum conductori adimere. Quod iustis quibusdam de caussis locatori concessum est. Quibus positis, sequitur, ut qui rem ademerit conductori, aut re immobili eum expulerit, pensionem quidem exigere non possit pro usu, quem non præstat: at non teneatur in id quod interest conductoris eo nomine. Nulla enim culpa est id facere, quod iure tuo facias. *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. in pr. *L. ad leg. Aquil.* Iustæ caussæ rem avocandi conductori hæ sunt: si conductor pensionem suo tempore non solvat: si in re conducta non recte versetur: si dominus domum conductam sibi necessariam esse doceat: si ædes ob vetustatem demoliri & reficere cogatur. *L.* 3. *C. de loc. & cond. L. si merces*, 25. *§. conductor*, *L. quæro*, 54. *§.* 1. *L. & hæc distinctio*, 35. *D. loc.* Quorum pars etiam postea in obligatione conductoris amplius attingenda est.

XIX. Sed hæc omnis actio ex conducto, quam conductori damus aut ad remissionem mercedis, aut in id quod eius interest re conducta frui licere, actio in personam est, quæ adversus locatorem solum datur, & de superioribus tantum rebus: non autem de re locata retinenda, aut persequenda. Quid ergo, si inquilinus malit ædes persequi aut retinere, colonus fundum conductum: an aliqua via est, qua id consequatur? Nulla neque ad persequendam rem, neque ad retinendam. Expulsus inquilinus aut colonus ab extero, rem ei auferre nulla actione potest. Non enim potest rem vindicare, qui non est dominus, *L. in rem*, *D. de rei vind.* locatio autem dominium non mutat. *L. non solet*, 39. *D. loc.* Sed nec ei interdictum unde vi competit, quo restituatur in possessionem. Non enim deiectus est, qui prius non possedit. *L. ult. D. unde vi.* Solus dominus eo facto videtur deiectus. Cui etiam ob eam caussam interdictum competit. *L. colonus*, *L. cum fundum*, *D. unde vi.* Sed nec retentionem ullam habet conductor etiam adversus locatorem, qui eum pellat ædibus aut fundo. Tantumque ei pulso actio est in id quod interest, aut ad pœnam, si qua eo nomine cauta est. *L. quæro*, 54. *§. ult. D. loc.* Id quod si in domino recte dicitur, multo magis in emptore, qui ædes aut fundum locatum, constante locatione, emit a domino, idem probandum est. Hic enim præter quam quod traditione dominus effectus est, hoc habet etiam amplius, quod eum conductore nihil contraxit. Recte igitur dictum est in *L.* [8] *emptorem*, *C. de loc. & cond.* emptorem fundi non esse necesse stare colono, cui prius locavit.

XX. Sed adiicitur ibidem exceptio, nisi [9] ea lege emit, ut si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, bonæ fidei iudicio ei quod placuit, parere cogatur. Verumtamen hæc exceptio sic accipienda est, ut si emptor contra conventionem colonum expulerit, teneatur quidem eo nomine: non tamen eo usque prohibeatur iure colonum expellere, si colonus velit possessionem retinere, aut ut possit colonus habere actionem adversus emptorem, eum quo nihil contraxit, quantumvis contra conventionem fecerit: sed ut si eiectus colonus agere cœperit adversus priorem dominum eumdemque locatorem suum ex conducto in id quod sua interest, possit locator id quod conductori præstiterit, aut præstare debeat, consequi ab emptore actione ex vendito, quia emptor fecerit contra legem venditionis. *L. si merces*, 25. *§.* 1. *D. eod.*

8) Emptor non tenetur stare colono. Unde vulgatum *Kauf gehet vor miethe*, vid. Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 7. Covar. 2. *Resol.* 15. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 57. *n.* 13. Cacheran. *Decis.* 82. Vulk. *in pr. I. h.* 1. *n.* 47. Moller. 4. *Semestr.* 14. Forst. 1. *de Success։.* 45. *n.* 30. *& seq.* rationem reddens (1) quia obligatio personalis non sequitur singularem successorem *L.* 1. *§.* 16. *ad Trebel.* (2) Soluto iure dantis solvitur ius accipientis *L.* 31. *de pig.* Idem est in fructuario *L.* 59. *§.* 1. *de Usuf.* & legatario *L.* 120. *§. ult. de Leg.* 1 Io. Cop. *Lib.* 2. *de Pract. Tit.* 3. *Cap.* 5. *sub fin.* Heres autem iure civili ex locatione defuncti obligatur *L.* 19. *§.* 8. *D. L.* 10. *C. hoc tit.* Secus esse iure Saxonico per Landr. *Lib.* 3. *Art* 77. Beust. *ad L.* 7. 8. *&* 9. *pr. de iurei.* *n.* 14. Schneidvin. *in §. ult. I. hoc tit. n.* 2. Sed ius Saxonicum a civili non discrepare aliis communius visum est, quod & adprobavit D. Augustus Sax. Elector *Nov. sua* 37. *P.* 2. vid. Reusner. *Lib.* 1. *Decis.* 14.

9) Exceptiones alias habet Forster. *d. C.* 45. *n.* 32. *& seqq.* (1) in locatione fundi dotalis a marito, per *L.* 7. *§.* 1. *L.* 25. *§. ult. sol. matr.* quæ hoc vix satis probat, & communis opinio adversatur, Covar. 2. *Resol.* 15. *n.* 5. (2) in locatione tutoris arg. *L.* 8. *de adm. tut.* Sed hic non est vera successio. Tutor enim domini loco & perinde est ac si pupillus ipse locasset. (3) In locatione ad longum tempus, vid. *Cap. praced. N.* 12. (4) Si colono omnia bona obligaverit locator, ita & Beustr. *d. loc. n.* 14. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 57. *n.* 13. itemque si locatio facta cum hypotheca rei locatæ, Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 9. Tiraq. *de Retr. conven. §.* 3. *Gl. un. n.* 4. Covar. *d. C.* 15. *n.* 3. Aliud vero in creditore misso in possession. ex secundo decreto Catell. Cotta. *in Memoral.* v. *Successor singularis.* (5) Fundo a fisco locato vendito *L. ult. de I. fisci* item in fundo Ecclesiæ. Quod tamen negat Fachin. 11. *Contr.* 21. Colonum quoque partiarium non posse ab emptore expelli donec fructus collegerit, tradit Zoan. *Rer. Quotid.* C. 42.

D. eod. L. Iulianus, 13. §. *pen. D. de act. empt.* Cæterum emptorem etiam contra superiorem conventionem, quæ cum ipso interposita non est, posse conductorem eiicere, ex eo perspicuum est, quod & locator ipse potest, qui non aliter tenetur conductori, quam in id quod eius interest, aut ad pœnam, si qua est eo nomine promissa. *d. L. quero*, §. 1. *D. locat.* Sed & eius rei certissimum argumentum hoc est, quod si dominum volentem ingredi colonus vi prohibuerit, existimatur eum vi deiecisse; unde & interdictum unde vi domino competit. *d. L. colonus*, *d. L. cum fundum*, *D. unde vi*. Quod sane dici non posset, si colonus ullo iure adversus dominum sibi possessionem rei locatæ defendere potuisset. Alioqui enim adversus vim, quæ a domino inferretur, iuste se tueretur colonus, nec si per vim possessionem suam retineret, vi possidere videretur, aut teneretur interdicto. Vim enim vi repellere licere omnes leges, omniaque iura permittunt, *L. 1. §. vim vi*, & *§. seq. D. unde vi*, *L. scientiam*, *§. qui cum aliter*, *D. ad leg. Aquil.*

XXI. Et hæc hactenus de priore parte obligationis locatoris, in qua de re fruenda agitur. Altera pars pertinebat ad indemnitatem locationis: quam & ipsam conductori præstare oportet, quod eius ex bona fide fieri æquum est. Hæc præstatio ita est, ut sunt ea damna, quæ propter locationem incidunt.

XXII. Ea sunt partim in re locata, partim extra rem. In re locata hæc; si res locata furto ablata sit, aut fructus pendentes a fure excisi. Quodcumque in his damnum est, conductoris damnum est. Huius enim periculo est res furto sublata, tanquam quæ amissa sit eius culpa. *§. item si fullo*, *Inst. de obl. quæ ex dol. nasc. L. cum in plures*, 60. *§. vestimenta*, *D. loc.* Et quidem huius damnum ita, ut non habeat ullam actionem, qua rem a fure persequatur. Nam cum eius a fure persequendæ caussa principales actiones tantum sint duæ, vindicatio, & condictio furtiva: *§. ult. Inst. de obl. quæ ex dol. nasc.* neutra harum nisi domino competit. *L. in rem*, *D. de rei vindic. L. actionum*, *D. de obl. & act. L. 1. D. de cond. furt.* Conductor autem dominus non est, cum, ut ante diximus, locatio dominium non mutet. *L. non solet*, 39. *D. loc.* Idem accidit & in fructibus fundi pendentibus, quos fur desecuit, & sustulit. Nam cum hi esse deberent conductoris locationis iure, plane ei perierint, si ius hos fructus vel vindicandi vel condicendi ex illo æstimamus. Ipse enim, quanvis inspiciente eo fructus a fure sublati sint, tamen fructuum dominus non est, sed locator, idemque dominus fundi; quia fructus non iure seminis, sed iure soli percipiuntur, ut qui fundi dominus est, idem sit & dominus fructuum *L. qui scit.* in prin. & *§. 1. D. de usur.* Iam autem dixi superiores actiones non competere nisi domino. At locator, si quidem dominus est, has actiones habet, quas & sine damno suo cedere potest conductori ut rem amissam & fructus sublatos a fure consequatur. Quare & hoc ex bona fide est, ut eas actiones ei cedat. Quod & eum facere debere placuit. *d. L. cum in plures*, 60. *§. vestimenta*, & *§. messem*, *D. loc.*

XXIII. Extra rem conductam quæ sunt damna propter locationem, aut sunt a re conducta, aut aliunde quidem, sed tamen per occasionem locationis. A [10] re conducta quæ damna sunt, si quidem contigerunt ex ea caussa, propter quam conductori re frui non licet, hæc conductori a locatore præstanda sunt ne conductor per iniuriam locatoris damno afficiatur. Utputa, ex dolio vitioso vinum effluxit: fundo locato pecora sunt demortua ob malam herbam saltus pascui. Præstabuntur hæc damna secundum eam distinctionem, quam supra posui inter istas species, ex *L. sed addes*, 19. *§. 1. D. loc.* Sin damna aliam caussam habent quam quæ usum rei impediant, ea quamvis a re locata contingentia, a locatore qui ignoravit, non præstantur; non dico ita ut non teneatur eo nomine in id, quod conductoris interest; sed ut ne teneatur quidem ad remissionem mercedis. Veluti, si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, & is furtum tibi fecerit, cum nescirem esse furem; quasi extra caussam conductionis sit furti crimen, hoc in *L. si domum*, 45. *§. 1. D. loc.* Ideo autem est extra caussam locationis, quia hoc furtum, atque adeo vitium, non facit, quominus servo ad quotidianas operas uti possis, ad quos ille habetur. Hic autem usus maxime locatione petitur. Quod si hæc damna quanvis a re locata sint, tamen non præstantur conductori, quasi ad caussam conductionis non pertinentia: perspicuum est, multo minus ea debere præstari, quæ extrinsecus, non a re conducta acciderunt, quanvis in re con-

10) De damnis vitio rei conductæ contingentibus Lopez. *Animadv. C.* 16. *n.* 8. late Pantschman. *Lib.* 1. *Q.* 5.

conducta. Hinc placet, dominum horreorum effractis & compilatis horreis non teneri, nisi custodiam eorum receperit. *L. dominus*, 55. in prin. *L. cum in plures*, 60. §. *ultim. D. loc. L* .1. *Cod. eod.* Tale est etiam, quod placet, si domum tibi locavero, & servi tibi damnum dederint, vel furtum fecerint, non teneri me tibi ex conducto, sed tanquam extraneum quemlibet dominum noxali actione. *d. L. si dominum* in princip. *D. loc.*

XXIV. Quæ damna extra rem locatam contingentia, non ex re locata, sed per occasionem locationis conductori eveniunt, tria sunt, quæ & ipsa conductori amoveri oportet; mercedis non debitæ prærogatio; rerum locatarum finita locatione detentio; impensæ utiles in rem locatam factæ. Mercedem prærogatam, si quidem conductori re conducta frui non licuit, semper locator ei restituere debet pro eo tempore; quo fruitus non est, in omnibus iis partibus, quas esse diximus fruendi. *L. sed addes*, 19. §. *si quis*, *cum L. si fundus*, 33. *D. loc.* At quo iure? conducti, quia conductor propter locationem contractam id damnum passus est, qui ideo prærogavit, quod speraret perseveraturam conductionem.

XXV. Rerum in ædes aut fundum illatarum detentio pugnat cum ea istarum rerum elatione, quam finita locatione liberam & indemnem esse oportet, ut utraque pars soluta obligatione integram rem suam recipiat. Ideo & hæc elatio recte ex conducto exigitur a locatore, ut quod per occasionem locationis damnum hic inducitur, id locator efferri sinendo emendet. Ut puta; arcam, aut abacum, aliamve supellectilem paulo laxiorem induxit conductor in ædes locatas. Dominus deinde aditum ædium coangustavit ita, ut iam per eum non it exitus rebus illatis. Placet eum aperire debere aditum, ut sit spatii satis ad res illatas tollendas, idque suo sumptu, sive scierit inferri, sive ignoraverit. *L. sed addes*, 19. §. *si inquilinus*, *D. loc.* Neque id tantum ad res ædificio non cohærentes pertinet, sed etiam ad eas, quas conductor adiecit ædibus. Ut, si ostium, fenestras, vel alia quædam ad commoditatem cœnaculi adiecerit: placet ei competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat: dummodo hoc casu damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem caussam ædium faciat, sed pristinam faciem ædibus reddat: ne scilicet hæc elatio noceat locatori. *d. L. sed addes*. §. *si inquilinus ostium*.

XXVI. Ad extremum etiam impensæ in rem locatam a conductore factæ, damnum eiusmodi est, quod per caussam locationis eveniat. Si quidem eas impensas facere cogitur conductor pro ea diligentia & cura, quam bona fides in re curanda ei imponit, de quo paulo post in conductoris persona dicetur. Pertinet igitur, ad eamdem indemnitatem, quam hic quærimus, ut si conductor in re conducta aliquid necessario vel utiliter auxerit, ædificaverit, si quid etiam instituerit, veluti in fundo vineas, cum de eo nihil convenisset, ultro actionem habeat ex conducto ad ea recipienda, quæ impendit: quando id totum ad utilitatem locatoris refertur. *L.* [11] *dominus*, 55. §. 1. *L. pen.* in pr. *D. locat.* Actio hic non negotiorum gestorum; sed ex conducto; quia etsi hic negotium locatoris gestum est: non tamen gestum est voluntate libera conductoris, sed officio illo locationis cogente, quod modo commemoravi. Non est autem negotiorum gestorum actio in eo, quod quis gerere necesse habuit *L. 6. §. ceterum*, *D. com. divid.* Atque hæc de locatore, qui rem fruendam locavit.

11) Vid. Gomez. 2. *Resol.* 3. n. 20. Valasc. *Iur. emphyt.* Q. 26. & omnino Menoch. *de Arb. Cas.* 215.

CAP. VIII.

De conductore, qui rem conduxit, quid is locatori eius rei vicissim præstare debeat iudicii potestate.

Tria a conductore præstanda locatori. I.

1. *Custodia rei diligentissima; & quare: & in quibus illa rebus consistat.* II.
2. *Merces conductæ rei, nisi deseruit conductam rem iusta de caussa.* III.
3. *Restitutio rei, & eius accessionum finita locatione, modo res exstet.* IV.

Si res perierit, aut facta deterior: interest, utrum casu, vel culpa: & quæ utriusque caussæ vis & effectus. V.

Qui non restituit, cum debet, & potest, damnatur quantum iuratum in litem. Secus quando culpa tantum res periit. VI.

Quid restituere debeat conductor rei æstimatæ. VII.

Quid pignoris creditor. VIII.

I. QUæ in hoc genere locationis conductor contra locatori præstare debeat iure & potestate locationis sine alia conventione, tria hæc sunt; Curam adhiberi rei locatæ servandæ, recteque habendæ; Mercedes & pensiones suis quasque temporibus recte solvere; Rem locatam, & quod inde exstabit, finita locatione locatori restituere. Principio quandiu constat locatio, curare rem locatam conductor debet, ut bonum virum & bonum patremfamilias decet. Hoc bona fides, & contractus natura exigit.

II. Hæc cura duabus in rebus versatur, quas antea quoque in venditore indicavimus; in re servanda; tum in ea recte habenda. Pertinet quidem scio, hic locus maxime ad illum communem, in quo quæritur de dolo, culpa, casu fortuito in omni contractu præstandis: de quo constitui in liberationibus dicere. Incurrit enim in eam partem, in qua traditur interitu, aut deterioratione rei debitæ debitorem liberari. Siquidem casu, semper: si dolo, nunquam: si culpa, varie de eo statui pro genere tum contractus, tum culpæ. Sed tamen ne quid hic conductor præstare debeat, maxime autem ne qualia sint ea, quæ a veteribus diligenter de hac parte in hoc genere contractus tradita sunt, penitus ignoretur, paucis agam, & quid superiores species contineant, indicabo. Ergo servandæ rei cura custodia est, quam in hoc genere ab eo qui mercedem accipit, deberi constat. *L. in iudicio, C. de loc. & cond.* Res posita in eo, non solum ut ne facto suo rei locatæ noceat: sed etiam ut omni diligentia adhibita provideat, ne aliunde res aut pereat, aut deterior fiat. Factum quidem suum omne præstat conductor in re locata citra controversiam, ut factum suum aut damnum a se datum non dico iis actionibus, quæ futuræ essent, etsi locata res non esset; sed actione ex locato, quia hæc admittendo contra fidem huic contractui debitam faciat. *L. si locatum, 42. L. si vulneraveris, seq. L. si merces, 25. §. culpæ, D. loc.* Sed non minus & diligentiam hic contractus a conductore exigit, & quidem [1] diligentissimi hominis diligentiam, non qualem ipse, si sit alioqui negligentior, rebus suis adhibere consuevit. Idque pro perpetuo iure, quod servatur in iis contractibus in quibus utriusque ex contrahentibus utilitas versatur, *§. pen. Inst. de loca. & cond. d. L. si merces, §. pen. D. eod. L. contractus, D. de reg. iur.* Quæ res facit, ut quidquid humana diligentia provideri potuit, ne res perderetur, aut deterior fieret, si provisum non est, & res periit, aut deterior facta est, huius [2] culpæ & negligentiæ periculum conductor præstet. *L. qui mercedem, 40. D. loc.* Exemplo est res furto ablata: quam placet conductori amitti, etsi fures sæpe non incautos fallant. Quippe furtum

1) Non tamen exactissimam, sed exactam ac mediam diligentiam requiri, levemque culpam præstari vult. P. Fab. *ad L. 23. de R. I. pag. 135. & seq.* & in *d. L. 25. §. pen.* *diligentissimus* accipit pro diligenti. M. Anton. Delrio *ad d. L. 23. C. 11. p. 198. & p. 203. & seq.* ubi specialem casum esse, in *d. §. pen.* tradit eiusque rationem exponit, & Vult. *1. Disc. 15.*

2) An incendium a conductore præstetur vid. Gail. 2. *Obs.* 21 Menoch *Arb. Cas. 392. n. 10. & seq.* Nic. Sudor. *Lib. 2. Disp. civil. p. 141. & seqq.* Fach. 1. *Contr.* 87. Ioan. Lubler. *Tr. de Incend. Cap. 2. n. 62. & seqq.* Andr. Rauchb *P. 2. Quæst. 10. & Cap. 4. n. 53. & seqq. & Cap. 5. n. 18. usque ad n. 53.* Alex. Raudens. *Decis. Pisana 6.*

tum diligenti custodia adhibita vitari potest. *L. cum in plures*, 60. §. *vestimenta*, *D. loc.* §. *item si fullo*, *Instit. de oblig. quæ ex del. L. cum duobus*, §. *damna*. *D. pro soc.*

III. Mercedem præterea conductor debet; etiam si timoris caussa habitationem puta aut fundi culturam deseruit, si caussa timoris iusta non fuit: & omnino si fine [3] iusta & probabili caussa deseruit rem conductam, nihilominus mercedem debebit. *L. habitatores*, 27. §. *ult. L. dominus*, 55. §. *ult. D. loc.* Neque hanc solum, sed & in id quod locatoris interest poterit conveniri, *d. L. dominus*, 55. §. *ult. L. item*, 13. §. *exercitu*. *D. loc.* De mercedibus autem ita tenetur, ut ante tempus deserta habitatione aut fundo, nihilominus statim eo nomine cum eo agi possit. *L. si in lege*, 24. §. *si domus*, *D. loc.* & si forte in plures annos divisis pensionibus domus vel fundus locatus sit, ad solvendas totius temporis pensiones recte cum eo agatur, *d. L. dominus*, §. *ult. eod.*

IV. Reliquum est in obligatione conductoris, ut finita locatione rem conductam [4] restituat locatori, §. *pen. Inst. de loc. & cond. L. si cui*, 48. §. 1. *D. loc.* Dicemus & quod inde exstabit, restituendum, ut fit in usufructu, cum is finitus est. *L.* 1. *D. usuf. quem. cav.* Neque id solum, sed & quæ rei locatæ accesserunt, quæ pars sunt locationis, ut sunt in ædibus scamna, aut suppellex, si qua permissa est conductori; in fundo instrumentum. Et certe hæc obligatio ex modo temporis locationi præfiniti sat's intelligitur. Nam quæ res ad certum tempus fruenda locatur, apparet eam post id tempus non locari, itaque id agi, ut restituatur. Et quidem si res exstat, & exstat talis, qualis data est, nihil dubii est, quin omni modo restitui debeat.

V. At quid si perierit? quid si exstans deterior facta sit? Iam dixi, si casu factum sit, conductorem non teneri: si culpa, quæcumque hæc culpa erit, sive in faciendo, sive in negligendo, nihilominus [5] teneri traditum in §. *exercitu*, & §. *seq. L. qui insulam*, 30. §. 1. §. *qui mulas*, *D. eod. L. contractus*, *D. de reg. iur.* Idque est in hac re, quod a veteribus dictum est, culpam perpetuare obligationem. Ubi scilicet qui ante culpam obligatus erat ad rem integram restituendam, post admissam culpam, quicumque casus ingruerit; tam tenetur perpetuo, quam si res exstaret. *L. si servum*, 91. §. *sequitur*, *L. si ex legati*, 23. *L. nemo*, 82. §. 1. *D. de verb. obl.*

VI. Quid si conductor rem non restituit, quibus in caussis eum teneri ad restituendum diximus? Et scriptum est in *L. si cui*, 48. §. 1. *D. loc.* eum qui servum conductum, vel aliam rem non restituit, quantum in litem iuratum fuerit, damnari. Sed hoc de eo dictum intelligendum est, qui non restituit cum posset, aut pro eo haberetur, ac si posset: id est qui aut rem tenet, & habet rei restituendæ facultatem, aut dolo desiit possidere. Huic enim iuriiurando solum locus est, cum dolus aut contumacia non restituentis punitur. *L.* 2. §. 1. *L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.* Dolus in eo est, qui dolo fecit, quominus rem haberet: contumacia in eo, qui rem cum haberet, restituere iussus iudici non paret. Quarum utraque de caussa admittitur superius iusiurandum. *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Quod si culpa tantum conductoris res aut periit, aut deperdita est, aut deterior facta, non alia erit æstimatio, quam ut quanti res est, seu quanti interest agentis, æstimetur, *d. L.* 2. §. 1. *de in lit. iur. d. L. qui restituere*, *D. de rei vind.*

VII. Neque hæc aliter de rei locatæ restitutione & restituendæ æstimatione servantur, quandiu res vere locata est. Quod fit, cum in locatione res æstimatæ non dantur. Quod si cum fundus locatur, æstimatum instrumentum colonus accipiat, placet id agi videri, ut instrumentum emptum habeat colonus; sicut fieret, cum quid æstimatum in dotem datur. *L.* 3. *D. loc.* Quæ res facit, ut instrumenti dominus effectus, non instrumentum sed pretium debeat, & instrumentum illi ut domino pereat. *L. quoties*, *C. de iur. dot. L. unica*, §. *cumque*, in fin. *C. de rei ux. act.*

VIII. Cæteris in rebus non æstimatis datis ita rem locatam restituere debet conductor, ut nihil debeat amplius, ac ne ea qui-

3) Aliud igitur si ex iusta caussa belli, pestis, similisve. Pantschman. *Lib.* 1. *Quæst.* 13. *n.* 23. Mozz. *de Locat. Cap. de Accidentalib. n.* 5. *&* 6. Covar. *Pract.* QQ. *Cap.* 30. *n.* 3. Unde & si quis ædes conduxerit animo recipiendi advenas vel studiosos in academiis, exorto deinde bello, vel contagione aeris, remitti mercedem debere, Menoch. *Arb. Cas.* 440. modo eo animo ac proposito domum conductam appareat, quod iudex ex re definiet. Quid si ædes nocturnis phantasmatis & illusionibus infestentur, vid. Covar. 4. *Resol.* 6.

4) Ut propria auctoritate expelli possit, vid. Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 2. *n.* 204. *& seq.* Quando autem finito tempore tacita videatur reconductio facta, vid. *L.* 13. §. *ultim. h. t.* Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 15. *& seq.* Menoch. 3. *Præsumpt.* 85. Pantschman. *Lib.* 1. *Q.* 18. *n.* 57.

5) Cui vero probandum casu rem, culpave perditam, Gomez. *d. C.* 3. *n.* 22.

quidem, quæ per occasionem rei locatæ aliunde consecutus est. Utputa, qui rem conduxit, non cogitur restituere id, quod rei nomine furti actione consecutus est. *L. 6. D. loc.* Nam & furtum eius periculo est, & id agitur, ut conductor re fruatur. Quod nihil aliud est, quam id agi, ut conductor omni commodo & lucro quod ex re fit, potiatur. Quod aliter servatur in pignore, si, eo surrepto, creditor a fure pœnam furti sit consecutus. Nam & hanc restituere debet creditor pigneraticia actione, quia non id agitur, ut pignoris fructus ad creditorem pertineat. *L. si pignore, D. de pignor. act.* Notandum in hac tota obligatione conductoris si inquilinus est, duas obligationes ab eo suscipi. Nam & tenetur ipse, quo nomine actio est adversus eum in personam ex locato, & obligantur pignori res eius. Quæ & quatenus cognoscendum in pignoribus. Huc tamen pertinent ex titulis locati, *L. si in lege, 24. § 1. L. qui fideiussor, 53. D. loc.* & *L. certi, 5. C. eod.*

C A P. IX.

In locatione operarum, factorumve, quæ obligatio locatoris & conductoris: quæ mutuæ inter eos præstationes, & actiones. Opus aversione locatum quid sit: Quæ actio oneris aversi.

Locator operarum nisi eas præstet, in id quod interest, tenetur locatori. I.
Conductor item num mercedem, quam non præstitit, debeat nihilominus: interest, an casu id factum sit, an per eum steterit, quominus præstaretur. II.
Si casu, merces non debetur. III.
Sed tamen a conductore locatæ rei præstatur, si qua eius culpa casus accidit. Quæ id genus culpæ. Singularum exempla. IV.
Curam locatæ rei & ad rem ipsam, & ad iura rei pertinere; & in illa culpam præstari, non casum a conductore. V.
Cura recte habendæ rei quid in colono postulet, aut inquilino; & quæ pœna utriusque si eam neglexerint. VI.
Obligatio conductoris locatæ rei præcipua præstatio mercedis; & quæ illius pœna nisi ista præstetur. VII.
Merces integre solvenda locatione finita, aut temporibus locationis lege præstitutis, nec prærogatur illa nisi convenerit, & quid inde. VIII.
Ut mercedem non debeat qui locatæ rei fructum non cepit, interest an casu, an culpa minime ceperit; & quæ utriusque vis & effectus. IX.
Leges locationis rerum atque operarum eædem fere; sed tamen in operarum locatione factorum & personarum appellatio diversa, & quatenus. X.
Quid notatu dignum in mercede pro vectura a muliere solvenda, quæ in navi partum ediderit. XI.
Faciendi operis conductor & rem restituere, & culpam omnem præstare tenetur: & quæ in hanc rem prodita actio. XII.
Pro conditione tamen operis faciundi alia interdum atque alia conductoris obligatio. Duæ eiusmodi species; & quæ. XIII. & seq.
De opere per aversionem locato. XIV.

I. ET hæc quidem dicta sunt de locatione & conductione rerum quæ aliis fruendæ dantur, ut ædium, fundi, iumenti, vestimenti. Sed & hæc eadem sunt in operarum locatione, ut si quis scriptor locet alicui ad scribendum operas, si operarii ad opus ruri faciendum, fabri ad insulam ædificandam. Qui operas suas locavit, eas præstare debet, tanquam rem & corpus fruendum daret, quod locasset. Si non præstet, non tantum merces illi non debetur pro rata eius temporis, quo non edidit operas; sed etiam tenetur locatori in id [1] quod eius interest ope-

[1]) Non autem præcise, quia hæc faciendi est obligatio. Multa itaque peccat P. Busius *ad L. 3. de sta. hom.* operas perpetuas per omnem vitam locari posse scribens, ita tamen ut si gravior impedimenti ratio, præstatione eius quod interest famulus liberetur. Sed tunc id ad minimam summam redigi, arg. *L. ult. de prec. stip.* quia hæc res, ceu odiosa, restringenda. Vitia hic tria. (1) In sententia quæ falsa arg. *L. 5. §. 5. & seq. Quar. rer. act. non dat.* (2) Quod tunc demum præcisa præstandi necessitate liberat operarium, si grave impedimentum, cum tamen generatim omnem facti obligationem præstatio eius quod interest dissolvat. (3) Quod male applicat *d. L. ult.* quæ dicit ad exiguam summam deduci fere quod interest, propter inopinatam probationem.

operam illi suo tempore recte præstitam fuisse. Quæ omnium faciendi obligationum lex est communis, cum factum non est, quod fieri debuit. *L. si quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud.* Idque in locatione certius intelligitur exemplo venditionis; in qua si res vendita, ea scilicet, quæ ex eo contractu præstari debuit, non præstetur, id est tradatur, in id quod interest agitur. *L.* 1. in pr. *D. de act. emt.* Sit ergo ius idem & in locatione operæ, si quæ præstari debuit, ex conventione, non præstetur: siquidem locatio & conductio iisdem regulis consistit quibus emptio & venditio, *L.* 2. *D. loc.*

II. Vicissim qui operas conduxit, mercedem debet pro opera. Et quidem semper sine hæsitatione, si opera præstita sit secundum legem conductionis. Quod si præstita non erit, & quæretur, utrum nihilominus merces debeatur, nec ne: hic eadem distinctione utemur, qua in rebus locatis; ut intersit, casune factum sit, quominus locator præberet operam, an vero per conductorem steterit, quominus ipse opera uteretur.

III. Si casus obstitit, quanvis nulla sit culpa in locatore, merces ei non debebitur. Multoque minus si per eum stetit, quominus operam præstaret. Quod rescriptum est in eo nauta, cui cum vehendum aliquid dedissemus, navem casu amisit. Quem ideo placuit mercedem etiam prærogatam reddere debere, quia munere vehendi functus non esset. *§. damna*, *D. pro soc.*

IV. Hac de caussa etiam casum fortuitum, seu vim eam, cui obsisti non potest, præstat conductor in periculo rei locatæ, si qua culpa eius huic casui caussam dederit. Cuiusmodi culpæ sunt, imperitia conductoris; huius [1] inimicitiæ; factum ab eo contra conventionem; tempestiva denuntiatio interdum ab eo aut defensio prætermissa; inductio hospitum aut custodum non idoneorum. Imperitia, veluti si quid operis vitio deperierit, sed quod contigerit imperitia facientis, nam & imperitia culpæ annumeratur. *L. si quis domum*, 9. *§. Celsus*, *D. loc.* Quod quamobrem dicatur, ratio reddita est in *L. item*, 8. *D. ad leg. Aquil.* Inimicitiæ; si propter inimicitias conductoris alius arbores locati fundi exciderit: ubi hoc ipsum culpa est, quod conductor exercet inimicitias. *L. si merces*, 25. *§. culpæ*, *D. loc.* Factum contra conventionem; veluti, si in locatione convenerit, ne conductor aliquo in loco ignem haberet, & habuit, ac deinde per huius occasionem fortuitus casus admisit incendium. Aut si convenit, ne in villa urbana fœnum componeretur, & composuit, deinde aliquis igne illato succendit. *L. videamus*, 11. & *§. ult. D. locat.* aut si cum mulæ ad certum pondus oneris locatæ essent, eas conductor maiori onere ruperit, vel alius, quem conductor prohibere poterit. *L. qui insulam*, 30. *§. qui mulas D. loc.* Denuntiatio omissa; veluti, si exercitu veniente, migravit conductor, & cum in tempore denuntiare posset domino, ut ei periculo si videretur, prospiceret, non denuntiavit, & migravit tamen: deinde re vacua relicta infensi milites de hospitio fenestras & cætera sustulerunt. Idem est, si resistere conductor potuit & non restitit. *L. item quæritur*, 13. *§. exercitu*, *D. locat.* Inductio hospitum aut custodum non idoneorum; veluti si induxit in domum, aut fundum locatum vel suos vel hospites, in quibus inducendis culpam admisit, cum dubios eorum mores nosse posset, & hi quid sustulerunt, aut damni dederunt. *L. videamus*, 11. in pr. *D. loc.* Nam alioqui damnum ab alio datum a nemine præstatur. *L. sed de damno*, 41. *D. eod.* In eadem caussa est, dum parum idoneum custodem adhibuit, & dum is custodit negligentius, damnum ab alio datum est. *d. L. sed de damno*, in fin.

V. Pertinet autem hæc cura atque obligatio conductoris non ad rem locatam tantum, sed & ad iura rei locatæ. *Prospicere*, inquit Ulpianus, *debet conductor, ne in aliquo vel ius rei, vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur*. L. videamus, 11. *§. item*. *D. loc.* Finge servitutem fundo deberi; conductorem monitum non uti, atque ita non utendo servitutem interire. Etiam hoc damnum præstabit. Sed curam, inquam, tantum rei servandæ præstare debet conductor, quam si adhibuit, & casu fortuito aliquid in re contigit, eo nomine non tenetur. Et generaliter si quibus in contractibus utriusque utilitas versatur, in his culpa omnis præstanda est: casus fortuiti neque in his, neque alio ullo iudicio præstantur. Distinctio generalis tradita in *L. si ut certo*, *§. nunc videndum*, *D. commod. L. contractus*, *D. de reg. iur.* translata ad conductionem, & usurpata multis locis, ut *L. in iudicio*, *C. de loc. & cond. L. item*, 13.

[1]) Quia etsi forte non caussam dederit inimicitiis, hæc tamen culpa illius, quod non dat operam ut componantur, Donell. noster *ad L. 6. C. de pig. act. n.* 30.

13. §. *exercitu*, §. *si quis mensuras*, *L. si merces*, 25. §. *culpæ*, *L. qui insulam*, 30. §. 1. §. *qui mulas*, *D. eod.* §. *pen. Instit. eod.* Hæc ita, nisi quid aliud de culpa aut casu convenerit. *L. contractus*, *D. de reg. iur. L. item*, 13. §. *si gemma*, *D. locat.*

VI. Non solum curam servandæ rei impendere conductor debet ex fide bona: sed & rei recte habendæ; idest curare ut in re locata recte versetur. *L.* 3. *C. eod.* Quod sic interpretandum est, prout rei cuiusque natura, & commoditas exigit. Ad hanc curam hæc pertinent. In colono quidem, non solum ut faciat omnia secundum legem conductionis, sed ut & sine conventione opera rustica rei colendæ necessaria faciat, & ea suo quæque tempore, non alieno; tum villarum curam agat, quo eas incorruptas habeat. *L. si merces*, 25. §. *conductor*, *D. loc.* §. *conductor*, *Inst. eod.* In inquilino autem, ut ædibus honestis honeste utatur, ut ad certos usus paratas non ad alios transferat. Contra quæ facit exempligratia, qui in ædes locatas inducit meretrices, cum quibus turpiter vivat; qui in his exercet lusus turpes, ut aleatorios; qui ex honesta domo cauponam facit. Hoc enim est in ædibus male versari, quod in *d. L.* 3. *C. eod.* fieri prohibetur. Adversus quæ hæc pœna est, non solum ut teneatur conductor eo nomine in id quod locatoris interest, sed etiam ut possit 3 expelli fundo & ædibus impune. *L. quæro*, 54. §. 1. *D. loc. d L.* 3. *C. eod.* In re locata non progreditur periculum & onus conductoris ultra eam curam, quam diximus. Et ideo si quis vehiculum conduxit, onus portorii, quod pro sola reda exigitur, ad redarium pertinet, si non ignoravit futurum, ut per eum locum transiretur, ubi debebatur portorium. *L. cum in plures*, 60. §. *pen. D. loc.*

VII. Extra rem locatam hæc præcipua conductoris obligatio est, pro usu rei solvat 4 mercedes & pensiones, de quibus in locatione convenit. Pars ita propria huius obligationis, ut quanvis conveniret inter locatorem & conductorem, ne intra tempora locationis conductor de fundo invitus repelleretur: tamen hoc ita convenisse, & servandum esse intelligatur, si is pensionibus paruerit; ni fecerit, possit & sine metu superioris conventionis expelli, quæ non solutæ pensionis etiam pœna est. *d. L. quæro*, 54. §. 1. *D. loc. L.* 3. *C. eod.*

VIII. Debentur autem mercedes non statim ab initio locationis, sed tunc cum 5 fruitus fuerit conductor per tempus constitutum, aut suis quæque temporibus, quæ his particulatim solvendis præfinita sunt lege locationis. Prærogari autem merces non debet, nisi aliud convenerit. Sed & cum convenit, si id actum est, ut ea pecunia in refectionem rei locatæ impenderetur: placet non aliter eam deberi, quam si is, qui accipit, satis det in eam refectionem pecuniam impensum iri. *L. insulam*, 58. §. *ult. D. loc.* Et siquidem re fruitus est conductor, semper mercedem debet in omne tempus locationis, usque adeo, ut etiam eius domus, quæ vitium fecisset, & quam deferere licebat, placet eum mercedem debere, si domus habitatione æque usus fuisset. *L. quod si domi*, 28. in pr. *D. loc.*

IX. Quod si fruitus non est, intererit, casu prohibitus sit, quominus uteretur, an sua voluntate, quia a re discesserit. Si casu, mercedem non debet, quocumque casu prohibitus fuerit. Non tamen ut in omne tempus locationis mercedis præstatione liberetur, sed ut eam non debeat solum pro rata eius temporis, quo fruitus non fuit: pro antecedente autem tempore debeat. *L. si quis domum*, 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque*. *L. qui insulam*, 30. §. 1. *L. si fundus*, 33. *D. loc.* Sin conductor deseruit ultro habitationem; si quidem timoris caussa emigra-

3) De iustis expellendi caussis, vid. Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 6. Valasc. *Iur. Emph. Q.* 21. *& seq.* Menoch. *Arb. Cas.* 78 *& seq.*

4) Nisi remittenda sit, vid. *Cap. praced. N.* 1. Non autem augetur merces etsi tanti cœli benignitas ut plus altero tanto fructuum, quam solebat, colonus perciperet, ut contra Accursium, Fulgosium per *L* 25. §. 6. *h. t* ibi: cui immodicum lucrum non aufertur, Cuiac. 26. *Obs.* 33.

5) Moza. *de Locat. Col.* 3. *de Substantialib. n.* 23. Renat. Coppin. *Lib.* 2. *de Provil. rust. P.* 1. *Cap.* 8. Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 13. Spectandum hic primo quid convenerit Si nihil convenit, quid mos regionis postulet. Si nec de eo appareat, in fine anni solvenda merces, quia nec ante contractum locator ex sua parte implevit, arg. *L.* 13. §. 8 *de Act. empt.* Cuiac. 8. *ad Afr. in L.* 9. *Qui pot. in pig.* & Vult. *in pr. l. h. t. n.* 27. olim mercedibus solvendis solamnes fuisse Cal. Iulias, per *d. L.* 9. item Martias, per *L.* 58. *de usufr.* Timæ. Fab 1. *Ann.* 12. distinguit inter locationes ædium & fundorum. In illis finito tempore, per *L.* 10. §. 6 *in fin. n. t.* ubi quæ medio tempore præstita dicitur prærogata, id est, ante diem. Quia in iis non nisi lapsu anni fructus, in habitatione & usu consistens, perceptus dici potest; nec ante locatori actio quam conductori præstiterit usum, arg. *d. L.* 13 §. 8. In his quo tempore fructus percipitur ex pascuis, vineis, arvisque etiam priu quam dies locationis exeat. Confirmat hanc distinctionem. (1) arg. *ex L.* 7. §. 9. *& ex* §. 2. *d. L.* 7. *Sol. matr.* 2. *per L* 58. *pr. de usufr.* 3 & maxime quia in rusticis prædiis fructus pignori sunt pro pensione. Cuius pignoris ut aliqua intelligatur utilitas, necessitatem præstandæ mercedis referri oportet ad tempus, quo extant fructus, cum si consumpti vel distracti sint, nulla eorum aut difficilis sit persecutio.

gravit, & cauſſa fuit, cur timeret, ut quia conſtanti rumore exercitus hoſtium adventare diceretur; ſiye periculum vere fuit, ſive non fuit, non debebit mercedem. Non eſſet hoc in *L. ex conducto*. 15. §. *item cum quædam*, *D. loc.* quod valet, quia operam vecturæ, quam hic præſtare debuerat, non præſtitiſſet. Quod ſi per conductorem, operæ, eumve cui ex locatione opera præſtari debuit, factum erit, quominus ei operæ præſtarentur, ut ſic vere dici poſſit per locatorem non ſtetiſſe, neque per caſum in re eius contingentem, quominus ipſe operas præberet: placet [6] locatorem totius temporis mercedem accipere debere. *L. qui operas*. *L. ſed addes*, §. *ult*. *D. loc.*

X. Idem prope per omnia ſervandum, cum aliquid faciendum locavimus; ut cum nautæ; vel aurigæ aliquid vehendum dedimus certa mercede conſtituta, magiſtro puerum inſtituendum, aurifici vas & anulum faciendum, fulloni veſtimenta polienda, ſartori veſtimenta farcienda. In quibus etſi opere inſpecto, qui dat dicitur locare, qui faciendum accipit, dicitur conducere: *L. item*, 12. §. 1. & deinceps §§. 6. & ſeqq. *D. loc.* in opera tamen præſtanda agnoſcere neceſſe eſt harum rerum appellationem immutari, ubi qui opus faciendum accipit, dat operam pro mercede: & qui faciendum dat, accipit operam, pro qua & mercedem præſtat. Ergo hi nobis operas debent. Quas proinde niſi præſtant eadem obligatio futura eſt, quam ſupra diximus, in id ſcilicet quod noſtra intereſt. Nos illis debemus [7] mercedem pro opera; plane iiſdem conditionibus: quibus in locatione operæ deberi diximus.

XI. Quo loco notandum eſt de iis, qui ſe vehendos navi locant; quoniam hic merces vecturæ in ſingula capita dicitur, quotquot perſonas quis induxerit in navem earum nomine mercedem deberi. Exceptam hic eſſe mulierem, quam quis vehendam navi conduxiſſet, cui deinde in navi infans natus fuiſſet. Hic enim placere pro infante nihil deberi; quia neque vectura eius magna ſit, neque his omnibus utatur, quæ ad navigantium uſum parantur. *L. ſed addes*, 19. §. *ſi quis mulierem*, *D. locat.*

XII. De rebus acceptis, in quibus conductores iſti operam impendere debuerunt, ſequitur, ut teneantur eodem modo, ac ſi eas conduxiſſent. Ideo & de his rebus, quas eo nomine acceperunt, reſtituendis ſimiliter tenentur, ſive habent, ſive eas culpa aliqua ſua amiſerunt, §. *item fullo*, *Inſt. de obl. quæ ex del.* *L. cum in plures*, 60. §. *veſtimenta*, *D. loc.* Sed & ſi eas res læſerint, ſi quid in his damni dederint, ſi quid ſubtraxerint, eius omnis damni & furti nomine tenentur ex locato, ut teneretur qui conduxiſſet, a quo hæc eadem exſtitiſſent. Exempla in hanc rem complura legere eſt in *d. L. item*, 13. §. 1. & 6. §§. *ſeqq.* *D. locat.* Quo in genere si quid oneris vehendum datum ſit vel nautæ vel aurigæ, & is inde quid averterit, id eſt ſubduxerit furto, prodita eſt actio eo nomine, quæ ex re dicta eſt veteribus Oneris averſi, de quo verbo paulo poſt. *L. in nave*, 31. *D. eod.*

XIII. Interdum tamen in hoc genere locationis conditio rerum quæ dantur, ut in his conductoris opera exerceatur, aliam obligationem conductoris & præſtationem inducit. In quo duæ ſunt ſpecies animadvertendæ, in quibus de periculo rei acceptæ, & de culpa conductoris exceptiones quædam ſunt, ab eo iure quod de his ſupra poſuimus. Rerum locatarum (intellige in hoc genere, cum quid in his aut ex his aliquid faciendum datur) duo genera eſſe, ut aut idem redderetur, ſicuti cum veſtimenta fulloni curanda locarentur: aut eiuſdem generis, veluti cum argentum fabro daretur, ut vaſa fierent; aut aurum, ut anuli. Ex ſuperiore cauſſa rem domini manere: ex poſteriore in creditum iri. Hinc quæ ſit in his conductoris obligatio, & præſtatio, intelligitur. Quia enim ex priore cauſſa res data domini manet, ut ſit cum res locantur; *L. non ſolet*, 39. *D. loc.* ideo in hac quoque ſpecie eadem illa obligatio conſiſtit, quam diximus, tum de rebus ipſis quæ accepta ſunt reſtituendis,

6) Quid ſi qui operas locavit, forte ad annum, certi artificii, aliquo tempore valetudine impeditus adverſa præſtare eas nequeat? Vulgo volunt eius temporis, quo operæ non exhibitæ, nihil mercedis deberi, refer. Vaud. 1. Q. 7. *&* reprobante, (1) Ne ad afflictionem corporis accedat afflictio rei familiaris (2) Per *L.* 4 §. 5. verſ. *ſed etſi de ſtatulib.* Facit *L. ul.* §. *pen. ad L. Rhod. de iac.* Denique per *d. L.* 19. §. *ult.*

7) Huius vero locationis proprium hoc eſſe ſentit, Rad. Forner. 4. *Rer. Quot.* 21. quod cum alias in contractibus mutuæ præſtationis, alter conveniri nequeat, niſi agens prior impleverit, hic tamen operis redemptor, ut Feſto vocatur (Horat. 2. *Epiſt.* 2. & *in LL.* ut *ſupra C.* 6. *N.* 9.) etiam non prærogata mercede, cogatur opus perficere, contra locator, opere demum abſoluto, poſſit conveniri, per *L.* 80 §. *ad L. Falc.* Niſi in ſingulas operas merces conſtituta, quæ nondum perfecto opere, pro modo præſtitarum operarum poteſt exigi, arg. *L.* 30. §. *pen. h. t.* *L.* 42. *de V. O.* Ita Fornerius: quæ per *dd. LL.* parum probari videntur.

tum de omnibus detrimentis, quæ culpa conductoris contigerint, præstandis. Ex posteriore autem caussa, quia id agitur, ut sicut in mutuo aliud eiusdem generis & qualitatis reddatur: ideo in creditum itur, id est in genus [8] quoddam mutui, in quo & suscipitur eadem obligatio. Hoc enim est creditum ire. *L. 1. §. 1. D. si cert. pet.* Quocirca & res ita datæ periculo sunt accipientis, quocumque casu perierint, ipse autem de his ut suis potest pro arbitrio statuere, & alias reddere, ubi actum est. Ea est conditio rerum alicui datarum, quæ pondere, numero mensurave constant, sive mutuo datæ sint, *§. item, is, Inst. quib. mod. recontr. obl.* sive in dotem datæ: *L. res in dotem, D. de iur. dot.* sive datæ in hoc genere locationis, sive depositæ. Ita ut neque clausæ, neque obsignatæ, neque certo loco divisæ darentur. Ex quo est responsum Alfeni de pluribus mercatoribus, qui frumenta sua vehenda locaverant, eaque in navem Saufeii nautæ collatæ communi consensu confuderant, in *d. L. in nave, D. loc.*

XIV. Altera species est ex eodem genere, cum opus aliquod faciendum locatum est, & de periculo operis quæritur, si forte opus cœptum aut perfectum intercideri prius, quam probaretur ab eo, qui faciendum locavit, idem qui & mercedem debet. In quo quæritur, utrius sit periculum, locatorisve, an vero artificis conductoris. De quo & traditum est, quod sit proprium huius caussæ: quam ob caussam & peculiariter hic attingendum fuit. De eo hæc summa distinctio est, quæ ex variis locis de hac specie parum expositis colligitur. Interest, utrum opus faciendum ita locatum sit, ut in singulos dies opus efficeretur arbitrio domini, eiusdemque locatoris, & in singulas eas singulorum dierum operas merces constitueretur; an vero opus aversione locatum sit. Si ita locatum sit opus, ut in singulas operas, seu in singulos dies mercede constituta opus arbitrio domini efficeretur, placet conductorem nihil præstare domino de bonitate operis debere: ut quanvis opus vitiosum fecerit, quod & interciderit, tamen non possit cum eo ex locato agi, itaque periculum sit locatoris: exstat hæc pars distinctionis in lege. *ea lege, 51. §. ult.* in fin. *D. locat.* Habet autem hanc rationem, quod etsi interiit opus vitio operis, tamen quia id actum est, ut fieret arbitrio domini, id est prout ille præscriberet, & imperaret: si quid hic vitii est, domino arbitranti, & imperanti imputari debet. Alia caussa est, si opus aversione locatum sit, quibus verbis Florentinus utitur in *L. opus, 36. D. locat.* Aversione opus faciendum locatum interpretor, cum ita locatur, ut dominus velit totum opus fieri industria & arbitrio facientis, sic tamen, ut facti bonitas postea sibi approbetur. Appellatio inde, quod qui ita faciendum locat, nominatim [9] avertit a se periculum, quod ex vitio rei contigerit, donec approbetur. Atque hinc actio oneris aversi, cuius paulo ante meminimus; quæ nominatim in *L. in nave, 31. loc.* Hanc huius verbi significationem esse colligimus ex *d. L. ea lege, 51. §. 1.* ubi opus illud quod aversione locari dicitur in *L. opus, eod.* sic designatur, ut opponatur ei operi, quod ita locatur, ut in singulos dies, singulasve operas arbitrio & auctoritate domini fieret. Ita in summa opus aversione locatum dicitur, cum ita faciendum locatum est, ut factum pro industria & arbitrio conductoris postea locatori adprobaretur. In ea specie de periculo operis, quod periit ante approbatio-

8) Non tamen ideo absolute mutuum fieri, cum operæ merces intercedat, sed locationem manere, ex qua dominium transit contra communem locationis naturam, Cuiac. 7. *Obs.* 39. Vult. *in pr. l. h. t. n.* 15 Nec quis putetur refragari *L. 34. de auro & arg. leg.* ne dum dicat cum Hot. 4. *Obs.* 10. apertam ICtorum dissensionem sine calumnia dissimulari non posse. Nam ibi verba, *ita ut ex eo* convincunt nominatim actum fuisse, *ut* ex illo ipso auro, quod aurifici datum, in specie aliquid fieret, non ex alio eiusdem bonitatis.

9) Aliter Cuiac. 8. *Obs.* 15. Aversione dici conductam rem *d. L. 36. & L. 1. §. exercitorem 15. de exerc. act.* vel venditam *L. 62. §. ult. de contr. empt. L. 4. §. ul. de peric. & comm.* quæ Gr. ἐν ὁμάδι in universo, quod quasi aversi ita locent aut vendant & *ad L. 35. §. 5. de contr. empt.* quæ confuse & acervatim, pretio insimul dicto non in singulas res constituto, quomodo & Ræv. 2. *Var.* 7. scribens aversioni contrariam esse sectionem itemque omnem cum anctio sit, solere aversione aut sectione vendi. A. Aug. 3. *Emend. 6. p.* 146. sic: cum numerus, mensura, pondus aut quid aliud his simile dictum non est. Aversio sic opponitur numero *L. ult. in fi. ad L. Rhod. de iact.* Per aversionem navis conducta *d. L. 1. §. 15.* Si ut tota, non ut in singulas amphoras, aut res importatas merces detur. Seu ut non singulorum dierum, aut mensium lucrum solvatur, sed certa mercede constituta conductoris sint fructus, domini navis merces. *ibid. p.* 148. sic dictam quod emptor aut conductor periculum avertat a venditore aut locatore (non a se, ut noster) idque in se recipiat, tametsi verbis expressum non sit. Aliter Govean. 2. *Var. Lect.* 14. Quoad cætera recte, opinor, Augustin quoad nominis rationem rectius noster. Aversione itaque opus locatum, quando una merces dicta exsolvenda opere consummato, non vel in singulorum dierum operas vel in pedes mensurasve. Ex. gr. Locata domus ædificanda Si una merces dicta est pro integro ædificio perfecto præstanda forte 100. aurei, aversione dicetur facta locatio. Secus si convenit vel dierum, vel in singulas septimanas ut fere fieri solet, vel menses operariis mercedem præstari, itemque si certa in pedes mensurasve merces dicta. Illo casu periculum quodcumque etiam vis maioris, casusve fatalis est eius qui exstruendum recepit, ante perfectionem ædificii, perfectique acceptionem, seu approbationem. Hoc autem locatoris postea quam, si in pedes mensurasve locatum fuerit, admensum est. Antea autem artificis quatenus non admensum, nisi locator in mora fuerit ne admetiatur *d. L. 36.*

tionem locatoris, ita placuit, ut si periit vitio operis, id est conductoris culpa, quia opus bene, & ex arte ædificatum non erat, periculum sit conductoris, qui faciendum suscepit. Quod si opus interciderit vi maiore, periculum sit locatoris, nisi aliud actum sit. Quæ distinctio & sententia est, quam intelligere debemus statui in *d. L. opus*, 36. *loc.* quod & recte Accursius sensit. Congruit autem distinctio iis, quæ de culpa & casu fortuito in locatione præstandis ante diximus. Quippe vitium operis proficiscitur ab imperitia artificis. Imperitia autem culpæ annumeratur. *L.* 9. *§. Celsus, D. loc.* Hæc qualiscumque sit etiam levissima in locatione & conductione præstatur. *§. pen. Inst. de loc. & cond. L. si merces*, 25. *§. pen. D. loc.* Casus autem fortuiti nullo iudicio præstantur. *L. contractus, D. de reg. iur.* Sed huic distinctioni locus est ante approbationem operis facti. Postquam autem semel opus a domino eodemque locatore probatum est, nihil deinceps conductor de periculo aut vitio rei domino præstare debet. Nam si ratihabitio mandato comparatur; ut comparatur *L. ult. C. ad sen. Mac.* opere approbato tam necesse est conductorem eo nomine non teneri, quam si opus domino arbitrante & mandante factum esset. Et ut bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum: *L. inter, §. abesse, D. mand.* ita recte dicetur bonum opus facere locator, qui factum & probatum admisit.

C A P. X.

Mandati obligationem duarum rerum coniunctione contrahi, Mandato, & Mandati susceptione. Mandatum quid sit; Quibus tum verbis, tum factis declaretur. Quid a commendatione differat. Mandato suscepto sic exsistere solere contractum & obligationem mandati, ut hic duæ species excipiantur, cessio actionum interdum, & in universum mandatarii solius caussa mandatum interpositum.

Transitio & ratio ordinis. I.
Definitio mandati quædam refellitur, & exploditur ut imperita. II.
Contractus, seu obligatio mandati mandato constat, & susceptione mandati: verbi significatio atque etymon explicatur. III.
Mandatum declaratur aut verbis, aut re & silentio. IV.
Verbis quocumque conceptis; triplex ea significandi modus & qui. V.
Re & silentio quomodo. VI.
Commendatio non est mandatum, nisi aliud accesserit, & quid illud. VII.
Mandatum omne gratuitum, etiam illud, cui pecunia, velut honos accesserit, & quare. VIII.
Ad obligationem mandati susceptio eiusdem mandati necessaria; & quid inde consequens. IX.
Interdum tamen nec mandato suscepto contrahitur obligatio; duobus in caussis. 1. *Si res sit de actionum mandato*. X.
2. *Si solius mandatarii gratia fuerit interpositum mandatum*. XI.
Ratio, plenaque eius explicatio. XII. XIII.
Cur sit inutile mandatum in quo conveneri ut ad alterum ex contrahentibus periculum dumtaxat, ad alterum omne commodum pertineat. XIV.
Interpretatio L. 6. §. plane *in fin.* D. mand. *Cuius & ratio illustrata*. XV.

I. HÆc de usitatissimis & notissimis contractibus illis duobus, emptione, venditione, locatione, conductione. Sequuntur ex eodem genere minus frequentes duo, Mandatum, Societas. Liceat enim mihi in his explicandis istam dispositionem sequi quam & in Pandectis, & in Codice servatam videmus: sive quod mandatum in usu hominum frequentius est quam societas propter exsequendi fine damni metu facilitatem: sive quod minus præstationum continet. Quarum utraque de caussa fit, ut sit notius, & idem explicatu facilius.

II. Mandatum, qui contractum, aut officium gratis susceptum [1] definiunt, faciunt

1) P. Nicol. Mozz. *de Mandato C.* 1. *n.* 7. Officium ab eo qui gratuito suscepit exhibendum. Recte hoc reprobat noster. At non probandum, quod eos insectatur, qui contractum definiunt. Sic Vult. *in pr. I. h. t. n.* 1. Contra-

ciunt admodum inconsiderate, ne dicam imperite. Mandatum enim, ut apparet, est solius mandantis factum, quod profecto per se solum obligationem non parit, eoque nec contractum continet. Potest enim quis quid alicui mandare, quod ille non suscipiat; ac remoto duorum in idem consensu, non est contractus. *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.* Multo minus mandatum esse dixerimus officium susceptum. Quia potest mandatum intervenire, ut non sit susceptum. Deinde quia etiam si susceptum sit, tamen mandatum est in mandante; officium in eo, qui operam praebet. Quae duo subiectis distincta nunquam eidem personae attribui possunt. Nec si emptio, aut locatio, idest contractus pars in his pro toto contractu usurpatur, ideo in mandato id licet facere. Nam emptio semper venditionem sibi adiunctam habet, venditio emptionem, locatio conductionem, conductio locationem; quoniam neutrum sine altero ne intelligi quidem potest, ut in emptione ostendi. Mandatum autem nulla necessitate susceptionem eius sibi habet adiunctam, cum ut dixi, possit quis mandare, quod cui mandatur, non suscipiat.

III. Sciamus igitur neque contractum, neque obligationem mandati ex solo mandato aestimari debere aut definiri posse, sed ex his rebus quae iunctae hunc contractum & obligationem efficiunt: atque ita dicamus, mandati obligationem (nam de hac contrahenda nunc agitur) duarum rerum coniunctione contrahi, mandato, & mandati susceptione: ut qui has partes noverit, huius generis contractum noverit. De quibus iam distincte dicemus. Mandatum dictum a mandando. Est autem mandare, aliquid alicui gratis gerendum committere; veluti si committam tibi, ut negotia mea aut Titii geras; pro me fideiubeas; mihi aut Titio, vel mihi & Titio fundum emas, & si quae sunt exempla mandati eiusmodi proposita in *L.* 2. *D. mand.* & *§.* 1. *Inst. eod.* Quam recte definiamus illo modo, & quibus rebus declaretur superius factum, paucis indicemus. Mandare, inquimus, est committere quid alicui, idest iniungere, ac velut tradere alicui quod gerat. Haec aperte vis inest in verbo mandandi. Compositum est enim ex manu & do: & per contractum dictum mando, quasi quod 2 manu tradam tibi, ut geras.

IV. Id quocumque modo fiat, dum intelligatur, aeque mandatum est, & pariter valet ad obligationem. Mandatur autem & committitur quid illo modo partim verbis, partim re & silentio nostro.

V. Verba mandatum significantia sunt omnia, quibus 3 declaramus nos cupere, ut alius quid suscipiat & gerat nostra voluntate. Haec plura esse, quam usitata illa rogo, volo, mando, Paulus significat dum quocumque alio verbo scriptum sit mandati actionem esse scribit in *L.* 1. in pr. *D. eod.* Sed quae sint ista alia, nobis quaerendum relinquit. Et sunt sane multo plura, quam prima specie quibusvis occurrant. Est autem in his haec varietas. Mandati verba quaedam sunt iubentis, quaedam rogantis, quaedam desiderium tantum ut quid fiat, significantis. Iubentis, ut eme mihi illum fundum; volo, iubeo, ut illud negotium perficias. Nam & qui iubet, mandat. *L. si quis mihi*, 25. *§.* 1. *D. de acq. her.* Rogantis; ut peto, rogo, mando, fidei tuae committo, ut negotia mea geras, quae indicantur in *d. L.* 1. *D. eod.* qualia etiam fuerunt fidei commissorum olim, quae commemorantur in *§. ult. Inst. de sign. reb. per fid. rel.* Desiderium tantum significantis; ut spero fore, ut illa negotia bene geras: si illam caussam meo nomine egeris, mihi gratum facies. Exempla in *d. L. si quis mihi*, *§. ult. de acq. her.*

VI. Re & silentio mandare intelligimur, quoties quis instituit quid, facitve nostro nomine in rem nostram, idque nobis praesentibus, & patimur. Veluti si quis pro

me

tractus ex consensu quo quis negotium expresse seu tacite in se suscipit expediendum gratuito. Goedd. *de Contr. stip.* C. 1 *n.* 61. qui consensu de negotio alicuius gratis gerendo perficitur. Cuiac. *in Par. C. h. t.* Conventio qua qui rogatur Procuratoris animo in se recipit gratuito daturum, facturumve. Nec recte negat Donellus mandatum sumi pro toto contractu. Aliud toti Tituli *D. & C. Mand.* convincunt. Dicitur passim Mandatum contrahi, mandati obligationes & actiones &c. Quin & notatio convincit significare totum negotium rogantis & recipientis. Imo & in recipientis persona dicitur mandatum, ut quando vocatur gratuitum, non certe, quod gratis quis mandet, sed quod alter suscipiat. Denique uti iussus vere non est, nisi cui parendi necessitas, ita nec mandatum, nisi cuius recipiendi in eo cui committitur voluntas. Quare duarum hic rerum coniunctio, non mandati & susceptionis, haec enim in illo includitur, sed rogationis & receptionis, ut rectius Cuiac. *in Par. C. h. t.*

2) Quod in committendis negociis, alter alteri manum daret, Isidor. 5. *Etymol.* 24. P. Fab. *ad L.* 60. *de R. I.* Apud omnes enim fere gentes manus fidei symbolum. Unde Virgil. *fallere dextras*, id est, fidem. Terent. *Andr. Act.* 1. *Sc.* 5. *per dexteram, per fidem* &c & *Hanc mihi manum dat*, id est, fidei meae committit, add Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideic.* C. 4. A. Guib. *de Matrim.* C. 4. *n.* 7. Goedd. *de Contr. stip.* C. 3. *n.* 18. Facit. *Prov.* 6. *v.* 1. *&* C. 22. *v.* 26.

3) Mozz *de Mandato Col.* 3. *de Substantial* *n.* 7. *& seq.* *Mando* enim non est verbum imperativum sed precarium *§. ul. I. de sing. reb. per fid. rel.* Unde pro fideicommittere, in *L.* 77. *§.* 3. *de Leg* 2. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideic.* C. 1. Mandatur enim libero homini, & a Cic. 1. *de Orat.* opponitur verbum imperandi, Cuiac. *in Par. C. h.*

me præsente 4 fideiufferit, & ego fim paffus. Idemque de fimilibus dicendum eft. *L. si remunerandi*, 6. §. *si paffus*, *L. qui patitur*, 18. *D. mand.*

VII. Non fimpliciter mandare committere eft: fed committere alicui quid gerendum, ut in exemplis quæ initio retuli, qualia exftant in *d. L.* 2. *D. eod.* Hac parte admonemur, commendare aliquem non effe mandare, & eum qui commendat alicui amicum vel præfens vel per literas, fi præter commendationem nihil intervenit, non obligari ei, cui commendavit, quidquid ille vel pecuniæ, vel operæ in eum, cui commendatus eft, contulerit. Ut fi ita fcribam, Rogo, Lucium Titium amicum meum commendatum habeas. Si ex hac commendatione tu Lucio Titio egenti pecuniam credideris, tibi non obligor nec negotiorum geftorum, quia negotium meum non geffifti, nec obligor mandati; quia, inquit Ulpianus, commendandi magis hominis, quam mandandi cauffa fcriptum fit. *L. si vero*, 12. §. *cum quidam*, *D. mand.* Ideft in fumma quia commendare fimpliciter ubi nihil aliud accedit, non eft mandare. Id autem intelligitur ex horum verborum definitione. Quippe mandare, ut diximus, eft committere alicui quid gerendum. Commendare autem eft laudare aliquem apud eum, cui illum commendatum volumus: petere, ut ille eum, qui commendatur, dignum fua benevolentia & commendatione habeat, eaque etiam illum complecti velit. In eo nihil mandamus gerendum. Proinde in eo nec mandatum, nec mandati obligatio eft. Sane fi is qui commendavit infuper adiecerit hæc verba, & fi quid in eum contuleris, tam mihi gratum erit, quam fi in 5 me contuliffes, ut fieri folet: hic incipiet effe mandatum, & fi quid ex illo in commendatum abs te collatum erit, ego obligor. Quod quidem aperte actum eft fuperioribus verbis. Nam fi in me contuliffes, nemo dubitat, quin obligarer. Nunc autem volui, quod in amicum contuleris perinde effe, quafi in me contuliffes.

VIII. Ut committatur alicui quid gerendum ita, ut diximus; nondum tamen mandatum eft, nisi hoc ipfum geritur gratis, quod committitur. Mandatum, quod ex officio atque amicitia originem trahit, nisi gratuitum nullum eft. *L.* 1. §. *ult. D. mand.* Mercede operæ initio conftituta, si factum locari poteft, locatio & conductio eft. Si non poteft locari, aut res alia conftituta erit initio pro opera, aut pecunia quidem, fed non ab initio certa, verum de quanta inter contrahentes convenerit: erit incerti contractus genus, cuius generis conventiones folo confenfu non pariunt obligationem: re fecuta pariunt, & inde præfcriptis verbis actio. *L. naturalis*, §. *ut cum do. L. fi tibi polienda*, 22. *D. de præfcr. verb.* §. *ult. inftitution. de mandat. d. lege* 1. in fin. *D. eod.* Sane si remunerandi gratia honos intervenit, placet nihilominus & mandatum effe, & mandati actionem. *L. fi remunerandi*, 6. in princip. *D. mand.* ubi tamen honos vocatur noftris merces operæ, quod idem dicitur honorarium. *L.* 1. §. 1. §. *in honorariis*, *D. de extr. cognit.* ut sic pecunia etiam interveniente, id eft aut data aut promiffa nihilominus sit mandatum. Sed non funt hæc contraria. Honos enim non fimpliciter eft merces, fed merces voluntaria, id eft ea quæ nulla neceffitate aperta dandi cogente honoris tantum, & remunerandi cauffa alicui datur: ut recte definiatur honos feu honorarium, gratuitæ operæ 6 voluntaria remuneratio. Multum autem intereft utrum ab initio quid conftituatur pro opera, quod neceffe sit præftare, & hac lege fufcipiatur mandatum: an vero ab initio gratis 7 fufcepto mandato detur poftea aut promittatur aliquid pro opera procuratori, quem honorem hic vocamus. Si quid conftituitur ab initio, non eft mandatum iam a principio gratuitum, eoque nec mandatum. Si nulla re ab initio conftituta gratis fufcipitur, tum vere eft gratuitum. Ubi autem tale effe cœpit; quidquid dominus dederit poftea, aut promiferit eo nomine, non efficiet, ut desinat effe gratuitum mandatum, quod ab initio tale fuit. Uniufcuiufque enim contractus initium fpectamus & cauffam. *L. fi procuratorem*, 8. in pr. *D. mand* Ac nec poteft ea pecunia in propofito id efficere, etiamsi maxime in aliis cauffis mutari eventu poffet contractus, qui ab initio fuiffet. Non enim honorarium hoc dat aut

4) *L.* 40. *L.* 53. *h. t. femper.* 60. *de R. I. ubi* P. Fab. vid. Vafq. 2. *Ill. Contr.* 62. *n.* 7. *&* 8. *Lib.* 12. *C.* 27. *N.* 1.

5) At ego putarem nullam ex huiufmodi verbis nisi naturalem obligationem oriri, ut beneficii debitor fiat, cuius commendatio pondus habuit. Neque enim hic ulla res certa in obligatione, quam debitum civile requirit.

6) Recte ergo hic non eft peculiaris contractus ex quo falarium debeatur, ceu vult nofter *fupra Lib.* 12. *C.* 14. *N.* 5.

7) Imo non poft fufceptum tantum, fed perfectum & iam expeditum negotium præftatur. Remuneratio enim eft beneficii compenfatio. Beneficio vero affectus non dicitur, cui id promiffum, quid enim fi aureos montes pollicitus nihil præftet, fed cui exhibitum. Non igitur recte Wef. *in Par. h. t. n.* 3. Mandatum aliud effe gratuitum, aliud mercenarium.

aut promittit dominus ulla necessitate obligationis, sed quia placet illi operam mandatarii ita remunerari. Quod plane ad donationem accedit. Donari enim intelligitur, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari*, *D. de reg. iur.* Nec mandatarius ita accipit, quasi non facturus si non acciperet, nam & absque eo obligatur iudicio mandati ut mandatum etiam gratis impleat.

IX. Et hoc quidem mandare est. Sed non statim ut quisque mandavit quid alii, est mandati obligatio. Contrahitur hæc consensu. *L. 1. D. mand.* Proinde tunc, cum is, cui gerendum quid commissum est, consensit, ut gereret: uno verbo cum mandatum suscepit. Mandato autem suscepto, ita contrahitur obligatio, ut exinde solo hoc consensu consistat. Ut & qui mandat præstare debeat indemnem eum, qui gerit, & qui suscipit, susceptum debeat consummare. *L. 1.* in princip. *L. si mandavero*, 22. *§. ult. D. mandat. §. penult. Institution. eod.*

X. Duæ caussæ hic exceptæ, in quibus nec mandato suscepto contrahitur obligatio mandati. Mandatum scilicet actionum. De quo ita constitutum est ab Anastasio, ut si cessio actionum voluntaria est, & sit pretio accepto, non valeat ultra quantitatem acceptam, & eius quantitatis usuras. *L. pen. C. mand.*

XI. Altera, cuius exceptio vetus est, & ad omne mandatum pertinet, ut ne sit ex ullo mandato suscepto mandati obligatio, si mandatum interpositum sit solius mandatarii caussa. Atque hic usus est divisionis eius, quæ pluribus verbis traditur *Inst. de mand.* in pr. & *§§. duob. sequentib.* item *L. 2. D. eod.* de iis modis, quibus mandatum contrahitur. Quam quidem divisionem huc referri oportet. Et ne in ea de singulis modis, qui illic proponuntur, diligentius cognoscendis anxie laboremus, summa una hæc est: cuiuscumque tandem, aut quorumcumque aliorum gratia mandatum interveniat, mandati obligationem nasci: sive aliquis sua tantum gratia tibi mandet; sive sua & tua; sive aliena tantum; sive sua & aliena; sive tua & aliena. *Inst. de mand.* in pr. & *§. 1.* At si tua tantum, id est mandatarii gratia tibi mandatum sit nullum mandatum esse, eoque nec mandati obligationem. Ut quanvis tibi mandatum non expediat, & cum damno exsecutus sis mandatum: tamen non teneatur, qui mandavit, nec ille ut impleas, actionem adversus te habeat. *Inst. de mand.* in pr. & *§. tua.* Ac cæterorum quoque exempla subiiciuntur deinceps: quæ qualia sint in singulis modis, non ita est laborandum, cum qualiacumque fuerint, dicamus contrahi obligationem mandati. De postremo, quod diversam rationem habet, solum quærendum. Est autem hoc exemplum in *L. 2. D. eod.* Veluti, si quis tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverso ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces.

XII. Ratio ibidem addita, quia huius generis mandatum consilium magis est, quam mandatum. Nullum autem consilium, in quo nihil nisi consilium sit, obligatorium. Ex quo regula iuris, Consilii non fraudulenti nullam esse obligationem. *L. consilii*, *D. de reg. iur.* Sed & hæc ipsa ratio rationis indiget. Cur enim qui superiora mandat, etsi id facit consilii caussa, eo minus obliget, aut obligetur? Ratio ergo insuper ibidem adiecta, cur consilii nulla sit obligatio, etsi ei cui mandabatur, non expediat. Hæc autem certa est, quam subiicio. Quippe res tota tua & arbitrii tui est, si quid mandatur gratia tantum tua. In re arbitrii tui nec habet mandator, cur te cogat facere quod nolis; nec si tu gesseris cum incommodo tuo, quidquam babes, quod de alio queraris, ac propterea ab illo quidquam reposcas. Si putas non expedire tibi consilium, aut alia de caussa exsequi non vis: nulla te res cogit id facere: cum unusquisque sit moderator & arbiter rei suæ. *L. in re mandata*, *C. mand.* Nec habet mandator, cur te cogat, cum quanvis rem optime gessisses, nihil tamen inde ad illum redeat. Si putas tibi expedire consilium, aut quia videtur tibi quovis modo rem tentare, ideo rem aggrederis, & male cedit, habes quod de te solo queraris, non de alio. Nam cum scires quid esset in re aut certe apud te ut in re tua explorare posses, tua culpa est, si re non bene explorata gesseris, factum cuique suum non alii nocere debet. *L. factum cuique*. *D. de reg. iur.*

XIII. Illud plane mandatori in consilio nocere potest, si dolus eius & calliditas intervenerit. Quo casu de dolo tenebitur. Ideo dictum est regula iuris nullam esse obligationem non simpliciter consilii, sed consilii non fraudulenti. *d. L. consilii*, *de reg. iur.* Finge, cum esses heres institutus, & esset damnosa hereditas, me apud te multa mentitum de hereditatis facultatibus: hortatum te esse, ut adires. Si consilio inductus adieris, ego de dolo tenebor.

nebor, *L. ult. D. de dol.* Nam quod exemplum vulgo adferri solet, huc non convenit: cum quis scilicet mihi, credere dubitanti, cum sciret eum qui pecuniam petebat, facultatibus labi, nihilominus eum sui lucri caussa affirmavit idoneum esse, & ideo ei credidi. Etsi enim hoc casu placet mihi adversus te [8] de dolo actionem dandam; *L. quod si, D. de dol.* tamen si ille affirmator mihi nihil mandavit; non est id consilium & mandatum de quo agimus: si mandavit, ut debitori futuro crederem, iam mandati mihi tenebitur. Est enim mandatum mea & aliena gratia interpositum; quo genere mandati obligationem contrahi constat. §. *tua.* in pr. & vers. *& adeo Inst. de mand.* Quod si fraudulentum consilium non erit, tenebimus citra exceptionem in eo nec mandati, nec aliam esse obligationem. Adiiciemus, quanvis convenerit, ut quod tua solum caussa mandabatur, tuo periculo esset, ita ut non videreris aliter facturus esse; quam si ita convenisset. Utputa mandavi tibi, ut pecuniam tuam crederes ita, ut arbitrii tui esset, id est ut cuivis crederes, tu acciperes usuras; periculum dumtaxat ad me pertineret. Respondit Celsus extra mandati formam id esse, id est, non esse mandatum. Quemadmodum si mandem, ut tibi quenvis fundum emas. *L. Quintus*, 48. §. *ult. D. mand.* ut tibi, inquam, emas, non autem mihi, ut perperam [9] legitur in *Pand. Florent.* nam ut mihi fundum emas, maxime mandatum consistere inter omnes convenit, *L. 2. D. mand.*

XIV. Sed cur non valeat conventio, ut sit meum periculum, & hactenus sit mandati obligatio: cum dicamus contractus ex conventione legem accipere? *L. 1. §. si convenit, D. depositi, L. contractus, D. de regul. iur.* Quia prius est, ut sit contractus mandati, quam ut dicatur is contractus aliunde legem accipere. Nunc autem negamus hic mandatum esse, ubi quid mandatur tua gratia tantum, & placet rem arbitrii tui ac commodi esse. Sed etsi mandatum hic posset admitti ex conventione; tamen ex superiore non potest. Non enim ex omni conventione contractus legem accipiunt: verum ita, si & conventio per se servanda sit. Aliter, atque si conventio sit bonæ fidei contraria. *d. L. contractus, de reg. iur.* At talis est superior conventio, qua convenit, ut commodum omne tuum esset in pecunia credita, meum autem solius periculum, ad quem inde nihil pervenit. Non est enim secundum naturam, id est, non est æquum (sic enim explicatur in *L. pen. D. de iust. & iur.*) ut quem sequuntur incommoda rei, non eumdem sequantur & commoda. *L. secundum, D. de reg. iur.* quod hic contra fit.

XV. Quid est igitur, quod traditur in *L. si remunerandi*, 6. §. *si tibi*, in fin. *D. mand. si tibi mandavero quod tua interferat, mea non interfit*; nihilominus mandati actionem fore, *si non esses facturus, nisi ego mandassem?* Dicendum est scilicet, eum cuius gratia quid mandatur, si eius solius interfit, seu si eius tantum gratia mandetur, semper videri facturum fuisse, quod fecit, quanvis ei mandatum non esset; cum nulla caussa ei fuerit, cur propter mandatum faceret id, quod totum ad arbitrium & commodum eius pertinebit. Tunc demum videtur quod mea non interfuit, non aliter facturus esse, quam si mandatum esset, cum ei ita mandatur ipsius gratia, ut alterius persona cuius interfit, etiam adiungatur. Utputa, mandavi tibi, ut pecuniam tuam fœnerares. Si generaliter, effectum est nullum esse mandatum. Si ut fœnerares nominatim Titio, discrete [10] scriptum est in §. *tua.* vers. *& adeo, Inst. de mand.* obligatorium esse hoc casu mandatum, hac ratione, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset. Ex qua ratione apparet, cur videaris sine mandato facturus non fuisse, coniecturam sumi ex eo, quod Titii quoque extranei caussa mandatum intervenit. Non idem dicendum, si aliena quoque gratia mandatum non intervenisset.

XVI. Sed cur cum tua tantum caussa tibi mandavi, nulla obligatio est: ubi autem mandavi aliena solum, vel tua quidem, sed simul aliena, nihilominus contra-

8) Nulla autem obligatio iure nostro, si eum qui mutuum poscit solvendo esse inscius affirmes *L. 7. §. ult. de dolo*. Secus Iure Lubecensium *Lib. 3. Tit. 10. Art. unico.* quo si adstans emptori peregrino dicat: Fidem potes illi habere de pretio, non cures de solutione, ac deinde emptor non solvat, conveniri potest, qui advenam laudavit.

9) Ceu habet vulgata & Haloandrina lectio. Recta & apta sententia. Forte tamen Florentinæ lectionis salva sententia per voculam *quemvis*. Quod non consistat mandatum de emendo mihi, *quovis*, fundo ob nimiam generalitatem & incertitudinem negotii commissi, arg. eorum quæ *supra Lib. 8. C. 19. N. 8.*

10) Ita & Vult. *in d. §. 2. n. 2.* quia hoc casu habet similitudinem fideiussionis. Sed vix convenit hæc expositio propter §. *praced. 4. d. L. 6.* ubi hæc species ut Titio credas. At in §. 5. alia species tractatur. Quare recte DD. excipiunt ex *d. §. 5.* nisi non esses facturus, quod tua solius gratia mandatum, si ego non mandassem, Mozz. *C. 2. de Divis. cir. fi.* Wes. *in Par. h. n. 7.* Quod tamen sic accipi velim, si certo id appareat & de eo testatus sis. Pone. Constituisti emere fundum. Ego dissuasi emptionem, mandans ut fœneres potius. Tu aperte profiteris non nisi mandato meo permotum te fœnerare. Si res male cessit, mandati teneor.

trahitur obligatio, quanvis in omnibus his caussis pariter mea nihil intersit? Differentiæ ratio hæc est, quod in re tua potuisti sine culpa & ullius offensione diligens esse, & explorare, quid tibi expediret, ut ante diximus. Persona autem alterius adiecta cum qua rem gereres, debuisti in re & persona aliena dissimulare, nec esse curiosus, ut eleganter scriptum est in *L. doli*, in fin. *D. de novat.* Quæ res facit, ut si hic ob facultates illius alterius non exploratas in damnum aliquod incideris ideo damnum tibi præstandum sit, quia in eo non explorando sis extra culpam.

C A P. X I.

In mandato quæ sit mandatarii obligatio. Eius obligationis duas esse partes; Mandati fidelem exsecutionem, nisi quæ idonea caussa hanc remittat, & quæ sint hæ caussæ; Tum mandato impleto eorum, quæ mandatarius per caussam mandati consecutus erit, restitutionem. In universa hac administratione quam culpam mandatarius præstare debeat.

I. Qui mandatum suscepit, facit suscipiendo ut mandati obligatio contrahatur, ut modo diximus. Et obligatur quidem ipse, sed non solus. Ut obligatur mandatori, ita vicissim & mandatorem sibi obligat. Principaliter quidem ipse: sed nihilominus per consequentiam officii impleti is, qui mandavit. Ita sunt in mandato quoque inter mandatorem, & eum qui mandatum suscepit mutuæ obligationes præstationesque civiles: earumque etiam nomine actiones propriæ constitutæ, directa, & contraria: illa mandatori adversus mandatarium; hæc mandatario adversus mandatorem: de quibus postea amplius suo ordine. Sed in hac tota obligatione prima caussa est mandatoris; a quo ut proficiscitur mandatum, ita & eius caussa suscipitur. Quocirca & ab huius iure initium faciendum, videndumque in eo de obligatione eius, qui mandatum suscepit, quid is videlicet potestate huius iudicii mandatori præstare debeat: quem uno verbo mandatarium & [1] procuratorem in usu iuris nominamus. Nam & procurator generaliter est is, qui aliena negotia mandatu domini administrat, etiam si unius tantum rei procurator sit. *L.* 1. *D. de proc.*

II. Et eius, qui mandatum suscepit obligatio atque officium duas partes habet, quas ille in se suscipere intelligitur. Unam, ut mandatum exsequatur cum potest. Alteram, ut impleto mandato si quid ad eum per caussam mandati pervenerit, id mandatori restituat. Indicatur utraque coniunctim in *L. procuratorem*, *C. mand.*

III. Prima ergo pars huius officii versatur in mandato exsequendo, implendove. Mandatum ab initio suscipere cuivis liberum est: semel susceptum consummari oportet. *L. si mandavero*, 22. §. *ult.* *L. si quis alicui*, 27. §. *qui mandatum*, *D. mand.* Quod nisi impletur, succedit præstatio omnium faciendi obligationum communis, ut teneatur mandatarius in id quod

[1]) Differunt tamen ut genus & species. Omnis Procurator mandatarius, non contra. Qui ex mandato meo alteri dat pecuniam, pro me fideiubet, mandatarius est, non Procurator, Andr. Clud. *de Condict. certi C.* 3. *n.* 61.

quod mandatoris intereſt, præſtatio ita huius facti propria, ut nec prius competat eo nomine mandati actio, quam mandatoris intereſſe cœperit; & ſi cœperit intereſſe, non longius competat, quam quatenus intereſt. Quæ res facit, ut ſi eius [2] nihil interſit, ſive quod negotium ab alio recte geſtum eſt, ſive quod de re nihil deperiit, quanvis nemo geſſerit; ceſſat mandati actio: ut hac quidem conditione liceat mandatum omne contemnere impune. *L. ſi procuratorem*, 8. §. *mandati*, *L. ſi quis alicui*, 27. §. *qui mandatum*, *D. mandat.* At ſi quid mandatoris intereſt, ibi eſt ea mandati neglecti obligatio & actio, quam dixi.

IV. Quod tamen non eſt perpetuum. Nam ut mandatum quis non exſequatur, & mandatoris interſit impletum fuiſſe: tamen duabus rebus conſequitur mandatarius, ne eo nomine teneatur; tempeſtiva mandati renuntiatione; & iuſto renuntiandi exſequendive mandati impedimento. Primum renuntiatione mandati. Mandatum quanvis recte ſuſceptum renuntiare conceſſum eſt, dum tempeſtive: quod ita fit, ſi ita renuntietur, ut integra poteſtas mandatori reſervetur vel per ſe vel per alium eamdem rem commode explicandi. Sic enim nulla captio futura eſt mandatoris, quod in mandato ſolum quærendum eſt. *d. L. ſi mandavero*, 22. §. *ult. d. L. ſi quis alicui*, 27. §. *qui mandatum*, *D. mand.* §. *pen. Inſt. eod.* Nec metuemus ne hac renuntiatione admiſſa dicamus aliquid contrarium ei conſtitutioni iuris, qua traditum eſt renuntiare ſemel conſtitutæ obligationi, adverſario non conſentiente, neminem poſſe. *L. ſicut*, *C. de obl. & act.* Non enim obligatur abſolute qui mandatum ſuſcepit, ut mandatum impleat: ſed hac lege, niſi re mandatori integra mandatum renuntiet, ut eſt in *d. L. ſi mandavero*, §. *ult. mand. d.* §. *pen. Inſt. eod.* ut dicendum ſit renuntiantem mandatum, ad id implendum non obligari: ita fieri ut quid id renuntiat, non poſſit dici renuntiare obligationi implendi mandati, qui iſta conditione ad id implendum non fuit obligatus. Nec mirum ſit, ei qui ſimpliciter mandatum ſuſceperit, de renuntiando autem nihil neque convenerit, neque ulla re ſignificaverit; nihilominus renuntiandi mandati poteſtatem tribui, & quidem ſecus, quam in aliis fere omnibus contractibus conceſſum eſt. *L. ab emptione*, *D. de pact.* Id enim officii alieno nomine ſuſcepti ratio exigere viſa eſt, cum officium gratis ſuſceptum totum ſit beneficii & liberalitatis. De omni beneficio ſic veteres definiunt, natura æquum eſſe, *tandiu te liberalitate mea uti, quandiu velim: cum autem mutavero voluntatem, ut poſſim revocare.* Sic Ulpianus in *L.* 2. *L.* 1. *D. de prec.* tantum ne beneficium ita revocetur, ut id accipienti noceat. Adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet, ut eleganter in cauſſa commodati a Paulo ſcriptum eſt in *L. incommodato*, §. *ſicut*, in fin. *D. com.* Atqui omnes hæ conditiones concurrunt ad mandatum recte renuntiandum. Nam & mandatum totum officii ac beneficii eſt. *L.* 1. in fin. *D. mand.* cum tempeſtive revocatur, fit, ut officium ſuſcepti ante mandati mandatori non noceat. Licet igitur ex ſupra ſcripta æquitatis regula id revocare. Eſt enim hoc iudicium bonæ fidei. Ad quam pertinent omnia, quæ ex æquo & bono præſtanda ſunt. §. *actionum*, §. *in bonæ Inſt. de act.* Id autem demum æquum & bonum eſt, quod natura ius eſt. *L. pen. D. de iuſt. & iur.*

V. Altero modo fit, ne mandatarius teneatur quanvis non impleto mandato, ſi iuſta aliqua ex cauſſa prohibitus ſit, quominus renuntiaret mandatum, aut id impleret. *d. L. ſi quis alicui*, 27. §. *qui mandatum*, *D. mand.* Iuſtæ huius impedimenti cauſſæ duæ; ſi mandatarius renuntiare aut non poſſit, aut non debeat. Non poteſt; veluti ſi cum vellet renuntiare, prohibitus ſit vel ex morbo, vel tempeſtate, vel vi hoſtium, prædonumve. *L. ſane*, 23. & duab. ſeqq. *D. mand.* Non debet ne renuntiare quidem; vel propter capitales inimicitias, vel ob inanes rei actiones. Sic enim verba ſunt *d. L. ſane*, 23. & *L. ſeq. mand.* Hæ res duæ ideo ad mandatarii excuſationem valent, quia ambæ efficiunt, ut non poſſit mandatarius ſine periculo damnove ſuo renuntiare mandatum, aut exſequi. Non debet autem illi periculoſum aut damnoſum eſſe officium ſuum. *L. ſi ſervus*, 61. §. *quod vero*, *D. de furt.* Quod dico ſuperioribus rebus effici, ſic accidit. Inimicitiis capitalibus poſtea intervenientibus non poteſt mandatarius niſi cum periculo ſuo, aut contumeliarum vel rixæ metu ad inimicum venire. Sed & illud non temere metuat, ne mandato impleto non poſſit poſtea facile conſequi quod eo oomine impendit. Idem efficiunt inanes rei actio-

[2] Sufficit tamen intereſſe tempore quo agitur, licet non interfuerit tempore contractus. Et ſic accipiunt *L.* 6. §. 4. *h. t.* Cuiac. 17. *Obſ.* 29. & Pac. 4. Q. 82. Nec in ea negatio delenda, ut Hotom. 5. *Obſ.* 10.

actiones. Ubi scilicet inanes actiones rei intelligere debemus actiones mandatarii, quæ illi adversus reum, eumdemque mandatorem mandato impleto inanes futuræ essent. Quod contingit, si mandator interim pro certo solvendo esse desierit. Finge argentarium aut negotiatorem aliquem mihi mandasse, ut suo nomine illum fundum emerem centum aureis. Si is forte interea cesserit foro, & ut vulgo loquuntur mensam ruptam fecerit, impune negligam mandatum etiam sine alia renuntiatione: quia si emam, obligatus ero venditori, ut solvam pretium. Ea vero pecunia soluta mihi perierit, quam consequi non possum ab eo, qui solvendo esse desiit. Et ut nunc loquimur, ea pecunia a me soluta, inanes meæ actiones eo nomine adversus mandatorem futuræ sunt.

VI. Hæc de priore parte obligationis mandati, qua tenetur qui mandatum suscepit mandatori. Altera pars erat, ut mandato impleto quidquid per caussam mandati ad mandatarium pervenerit, id mandatori restituat: puta, ut si quid emerit alieno mandatu; si quid stipulatus consecutus sit, id ita restituere debeat mandatori. *L. idemque*, 10. §. 1. §. 2. *L. ex mandato*, 20. in prin. *D. mand.* Impletum mandatum quando videatur, dicam postea in commune in persona & obligatione mandatoris: adversus quem non est actio mandati, nisi impleto mandato. Dixi si quid ad mandatarium pervenerit non ex mandato, sed per caussam mandati: quia etsi quid ad eum pervenerit non ex eo, quod vere mandatum est, sed præter atque adeo contra mandatum; tamen in hanc restitutionem venit, dum pervenerit per caussam & occasionem mandati. Utputa, mandavi procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris. Si is contra mandatum crediderit sub usuris, etiam usuras consecutus mihi eas restituere debebit. *L. idemque* 10. *§. si mandavero*, *D. mand.* Item si mandaverim procuratori meo, ut centum quæ mihi Titius debet, ab eo exigeret; cumque egisset iudicio eo nomine, forte per errorem aut iniuriam iudicis indebitum a Titio fuerit consecutus, placet 3 id quoque eum debere iudicio mandati restituere. *L. qui proprio*, *§. procurator*, *D. de proc.* Et tamen pervenit id contra verba mandati, quo de debito exigendo mandatum erat. Sed satis est per caussam & occasionem mandatæ actionis ad procuratorem pervenisse.

VII. Nec solum corpora, quæ ex mandati caussa ad procuratorem pervenerunt, in hanc restitutionem veniunt: sed & actiones, si quas ex eadem caussa nactus fuerit. Ut si mandatu meo stipulatus sit a meo debitore, si quid meo nomine emerit, unde & illinc quidem actio ex stipulatu, hinc autem ex empto quæsita sit adversus venditorem; has quoque actiones mihi restituere debebit. *L. si mandatu*, 45. in princ. *§. quoties*, *D. mand.* Tantum in hac specie singulare genus restitutionis animadvertendum est, quod hic probatum est a veteribus. Placet enim tria a mandatario ad hanc restitutionem exigi posse, prout mandator elegerit. Primum, ut mandatarius mandatori præstet cedatve actiones: quod quomodo fiat, alio loco dicetur. *L. qui mandatum*, 43. *d. L. si mandatu*, 45. *§. quoties*, *D. mand.* Alterum, ut mandatarius desiderante mandatore deleget debitorem vel mandatori, vel alii cui mandator voluerit. *L. idemque* 10. *§. si cui mandavero*, *D. mand.* idest ut adversus quem ex mandati caussa sibi quæsiit actionem mandatarius, eum det vice sua reum mandatori, idest eum qui stipulanti idem promittat novationis caussa: ut sic actio a mandatario ad mandatorem tota transferatur: id quod delegandi verbum significat. *L. delegare*, *D. de novat.* Atque hinc delegatio hæc pro actionis restitutione: quia etsi mandatarius re vera non restituit eam actionem, quam novatione habere desinit, sed solus debitor hanc præstet; tamen effectu necesse est eam pro restitutione mandatarii haberi, cum per eam consequatur mandator, ut multo certius actionem habeat, delegatio autem voluntate mandatarii contingat. Tertium est in hac restitutione, ut si mandatori videatur, mandatarius debitorem liberet. Hoc in *d. L. idemque*, 10. *§. si cui mandavero*. Videri tamen potest a mandato alienius, cum videatur hæc liberatio contraria esse restitutioni actionis. Nam liberato ita debitore neque superest actio amplius, quæ reddatur, neque hæc ista liberatione ad mandatorem pervenit quæ potius illi amissa est. Dicendum est etsi debitor in proposito a mandatario liberatus est; tamen cum liberatus sit voluntate & facto mandatoris, eiusdemque domini, satis effectu ab eo debitorem liberatum videri: & quia videtur ab eo liberatus, perinde hoc habendum, quasi mandator restituta prius sibi actione ipse postea reum liberasset. Ni-

3) Et Arg. *L.* 8. §. 1. *de neg. gest.* vid. Gifan. *in d. L.* 46. *n.* 20. *&* *seqq.*

Nihil enim intereſt, per te quid facias, an per alium. *Inſt. quib. mod. toll. obl.* in princ.

VIII. His partibus poſitis obligationis eius, qua qui mandatum ſuſcepit, tenetur mandatori; circa has incidere ſolet ſæpe quæſtio de dolo & culpa mandatarii, quid horum præſtare debeat, cum in mandato exſequendo, tum in rerum ex mandato receptarum adminiſtratione. Fieri enim poteſt, ut mandatum non exſequatur, aut non recte, dolo malo, vel lata culpa, id eſt ea culpa & negligentia, qualem non ſolet in ſuis rebus admittere. Fieri poteſt, ut culpa levi, ideſt eo facto vel negligentia quam & in ſuis rebus admittere ſolet, ſed quam non item admitteret diligens paterfamilias. Fieri item poteſt in his, quæ ex mandati cauſſa ad eum pervenerunt, ut ex his perdiderit quid, aut paſſus ſit deterius fieri, alias dolo, alias lata culpa, alias levi. Quæritur igitur, inquam, si quid horum accidat, quid eo nomine mandatarius mandatori præſtare debeat: dolumne tantum, & latam culpam, ut fit in deposito, cum pariter in utroque, id eſt in mandato ſimiliter ut in depoſito non verſetur utilitas debitoris: an vero ſit aliquid proprium in mandato, cur in ſuperiore adminiſtratione præſtet mandatarius & dolum, & omnem culpam. Anceps quæſtio, & in contrarias partes agitata, locis & rationibus non frivolis alio, atque alio ducentibus. Procuratorem ſeu mandatarium in alienorum negotiorum adminiſtratione 4) omnem culpam, non etiam caſum fortuitum præſtare, diſerte ſcriptum eſt in *L. a procuratore, C. mand* & quidem ita, ut ibi dicatur hæc ſententia iuris auctoritate manifeſte declarari. Congruit *L. in re mandata*. Quæ eamdem ſententiam apertius poſuit. *C. eod. tit.*

IX. In contrariam partem trahere videntur & rationes iuris & æquitatis, & loci non obſcuri. Primum hæc conſtitutio eſt veterum, ubi in negotio aliquo utilitas debitoris non agitur, ſed ſolum creditoris, ibi dolum tantum a debitore præſtari, culpam non præſtari nisi dolo proximam, ut in depoſito. *L. 5. §. nunc videndum*, & deinceps. *D. commod. L. 1. §. ult. L. quod Nerva, D. depoſ.* Atqui huius generis eſt mandatum, quod totum mandatoris cauſſa ſuſcipitur, nulla mandatarii. Accedit altera ſententia iuris & æquitatis exploratæ, nemini officium ſuum, quod eius cum quo contraxit, non ſui commodi cauſſa ſuſceperit, damnoſum eſſe debere. *L. ſi ſervus, 61. §. quod vero, D. de furt.* Id præcipue ad mandatarium pertinere iam ante dixi, & res loquitur. Quare præterquam quod is induſtria ſua & pro captu præſtare poteſt, ab eo exigi non debet: ne propter officium ſuſceptum ultra quam poteſt, damno afficiatur. Loci autem in hanc ſententiam pene diſerte ſcripti videri poſſunt tres. Primum *L. 8. §. ult. D. mandat.* ubi is cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, si emere neglexerit vel dolo pecunia corruptus, vel lata culpa, si gratia ductus paſſus eſt alium emere. Hoc vero non dubium argumentum eſt, ſi quid horum non erit, mandatarium non teneri. Sic Papinianus colligit in *L. 1.* verſ. *huius. D. de off. eius cui mand. eſt iuriſd.* Licet addere *L. dolus, 44. D. mand.* in qua definitur, quando ſit dolus in mandatario mandatum non exſequente. Quorſum, niſi hoc quærere neceſſe eſt in mandato, & ideo neceſſe, quia mandatarius teneatur ſolum ob dolum? Alter locus eſt in *L. ſi fideiuſſor, 29. §. ſi cum debitor, D. mand.* ubi ſi fideiuſſor, idemque mandatarius, poſtquam ſolvit creditori, non ſignificet id reo principali, & reus poſtea ſolvat, quod cum ſolvere non oportebat, Ulpiani ſententia eſt fideiuſſoris detrimentum fore; addita hac ratione, quia dolo proximum ſit id non feciſſe. Tolle hanc rationem. Dicendum erit ius deficere. *L. quod dictum, D. de pact.* Tertius locus eſt in *L. idemque 10.* in pr. *eod. tit.* ubi diſerte hæc ſententia ſcripta eſt, nihil amplius quam bonam fidem præſtare eum oportere, qui procurat. Præſtare bonam fidem veteribus eſt aut præſtare, quod dixeris, promiſeris, *L. 1. D. de pact.* aut extra conventionem facere pro captu & diligentia ſua, quantum quis poſſit, & ſoleat: ultra autem non teneri, quanvis alius diligentior & intelligentior melius rem geſturus fuiſſet. *L. quod Nerva. D. depoſ.*

X. Sed nihil horum tanti eſt, ut liceat omittere priorem ſententiam, quæ locis tam diſerte ſcriptis expreſſa eſt. Omnem culpam qui a procuratore præſtandam eſſe dicit, ut fit in *L. a procuratore, C. mand.* nullam excludit. Et maxime cum illic exci-

4) Et leviſſima. (Quod & noſter adderet niſi eam a levi non diſtinctam putaret, vid. infra *Lib. 16. C 7.*) Duaren. *h. t.* C. 2. Mozz. *Col.* 4. *de Natural. n.* 26. P. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. p.* 139. *& ſeq.* M. Ant. Delrio *ibid. p.* 161. *& ſeqq.* Cuiac. 2. *Diſſ.* Modeſt. *ad L.* 23. *Depoſ* Gœd. *ad L.* 123. §. 1. *de V. S. n.* 1. Arumæ *Inſt.* 15. *Th.* 10.

cipiatur solum casus fortuitus. Qua exceptione non potest non in cæteris omnibus præstationibus regula confirmari. *L. quæsitum*, *§. idem respondit*, *domo instructa*, *D. de inst. vel inst. leg.* Nihil ad rem pertinet quorundam defensio, qui ista a procuratore in litem dato exigi dicunt, in *d. L. procuratore*. Non idem probandum in cæteris mandatariis. Differentiæ autem rationem esse, quod in reliquis caussis mandatum sit gratuitum; procurator autem ad litem datus salarium accipiat, propter quod fit, ut in negotio utilitas quoque eius versetur. Nam lex de procuratore generaliter loquitur. Scimus autem procuratorem dici omnem, qui mandatu domini negotia eius administrat, non tantum si in lite id faciat, sed & maxime si extra litem. *L. 1. D. de procur.* Tum autem præcidit omnem hanc defensionem *d. L. in re*, *C. mand.* ubi agitur non de hoc aut illo procuratore, sed generaliter de re mandata. Agitur de eo, qui aliena negotia gerit. Quo uno maxime significatur agi de eo, qui gerit extra litem, non in lite; quia in lite exercenda unum fere negotium esse solet, non plura. Sed & cum illic dicitur in re mandata non pecuniæ solum, sed & existimationis periculum esse; apparet dici de quovis mandatario, & procuratore; utpote in quo non litis, sed solum rei mandatæ ratio habeatur. Atque illic ita diserte definitur, aliena negotia exacto officio geri. Quod nihil aliud est quam exacta diligentia. Ea est autem, quæ a commodatario exigitur, quam eamdem, bonus & diligens paterfamilias suis rebus adhibet. *§. item is*, *Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Atque hinc est, quod de negligentia omni præstanda in eadem lege subiicitur velut interpretationis loco his verbis: nec quidquam in eorum (negotiorum) administratione neglectum aut declinatum culpa vacuum est. Tenebimus igitur banc sententiam, mandatarium & procuratorem in universa administratione sua omnem culpam non etiam casum fortuitum præstare debere.

XI. De æquitate & locis contrariis breviter respondeo. Traditur, in quibus negotiis debitoris utilitas non versatur, in his dolum solum, non etiam culpam a debitore præstari. Hoc ita est, nisi sit iusta caussa, cur & culpam præstet. Ideo & in deposito, si quis se ei obtulerit, placet eum omnem culpam præstare. Idem & si id ut præstaret in se depositarius receperit. *L. 1. §. sæpe*, *§. si convenit*, *D. depos.* Et qui sine mandato negotia aliena gerenda suscepit, placet eum & culpam & dolum præstare debere. *L. qui negotia*, *11. D. de neg. gest.* Scilicet quia & se gerendo obtulit, & industria sua fretus suscepit: sine quo culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. *L. culpa est*, *D. de regul. iur.* Huiusmodi caussa & mandatarium eidem obligationi subiicit. Quippe negotium aliquod gerendum suscipiens, quia geri quidquam sine industria & facultate gerendi non potest: ideo & de hac ipsa industria, ac facultate & profiteri & spondere intelligitur. Quæ & ratio [5] a Cyno & Dyno accepta vulgo recte redditur. Nihil est æquius, quam in bonæ fidei iudicio id quod dictum est, præstari. *L. si quid venditor*, *18. D. de ædil. ed.* Et cur qui se deposito obtulit, culpam præstat, nisi hac ipsa de caussa, quod se præ cæteris offerendo, de sua vigilantia, & diligenti custodia videtur polliceri? Dicitur nulli debere officium suum esse damnosum. Recte, nisi quis velit sibi esse damnosum, ut fieri in deposito iam ante diximus. At hoc vult, qui omnis culpæ periculum in se recipit. Quod is facit in mandato, qui de industria sua pollicetur. Dicitur in *L. 8. §. ult. mand.* teneri mandatarium, si dolo vel lata culpa exsecutus mandatum non sit. Sed ibidem subiicitur paulo post eum non teneri, *si non intervenit dolus*, *nec culpa.* Dicitur in *L. si fideiussor*, *§. si cum debitor. mand.* fideiussorem qui postquam solvit, non nuntiavit debitori, si debitor postea solvat, fideiussoris detrimentum esse; quia hoc factum sit dolo proximum. Sed non recte ex eo colligitur, si quid culpa levi a mandatario peccatum sit, id ab eo non esse præstandum. Est enim in superiore ratione argumentum a maiori, quasi dictum esset: non mirum, si hic fideiussoris damnum esse dicimus. Nam etsi culpa ab eo hic peccatum esset, teneretur tamen. Quanto magis tenebitur ob hoc factum, quod est [6] proximum dolo? Postremo quod dicitur in *L. idemque*, 10. in princ. *mand.* nihil

5) Et ita quasi ex conventione culpæ levissimæ nomine tenetur Cuiac. *d. loc.* Don. noster *ad L. 11. C. h. n.* 43. Nam ut Cic. *pro Roscio*. Mandati violatio violat duas res sanctissimas, amicitiam & fidem. Idcirco qui res mandatas non modo malitiosius, sed etiam negligentius gesserit, admittit summum dedecus. P. Fab. *d. loc.*

6) Aliter Duar. *h. t. C. 2. f.* 1011. in *d. L.* 29. mandatum esse negotium quod industriam non requirit, fideiubere, ubi non locus regulæ de omni culpa præstanda, quia illius ratio cessat.

nihil amplius quam bonam fidem præstare eum oportere, qui procurat: etiam hoc ipsum confirmat, omnem qui procurat, non dolum tantum; sed & culpam præstare debere; si modo verum est, quod posuimus, eum qui mandatum suscipit, de sua industria polliceri. Nihil enim ut ante dixi, magis convenit 7 bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, dictumve est, præstari. *L.* 1. *D. de pact. L. ex empto*, in princ. *D. de act. empt. d. L. si quid venditor*, 18. *D. de ædil. edict.* Stet igitur hæc sententia, omnem culpam a procuratore quovis in mandati administratione præstandam, nisi quid aliud convenerit. Casum non præstandum, qui nec ullo alio iudicio præstatur. *L. quæ fortuitis*, *C. de pign. act. L. contractus*, in fin. *D. de regul. iur.* Sed & hoc cum hac exceptione, nisi mandatum susceptum sit hac conditione, ut res periculo eius sit, qui mandatum suscepit. *L. & Aristoni*, 38. *D. mand.* Generaliter enim probandum est contractus ex conventione legem accipere. *d. L. contractus, de reg. iur. L.* 1. §. *si convenit*, *D. depos.*

7) Duar. *d. C.* 2. bonam fidem in *d. L.* 10. non opponi dolo, sed significare quod æquum est. Contra fidem enim facit qui negligentius, & Pac. 4. Q. 83.

C A P. X I I.

Etiam mandatoris in mandato mutuam obligationem esse: Huius unam hanc præstationem summam, ut mandato impleto, aut pro impleto habito præstet mandator mandatario, quod huic propter mandatum abest. Et hoc quid sit; seu quid hic primum a mandatario exigat; quid hoc subsecuto mandatori imponat.

Mandatoris illa præstatio: ut impleto, aut quasi impleto mandato, quod ea de caussa abest mandatario restituat, eumque præstet indemnem. Tria in ea præstatione. I.

1. *Mandati implementum. Hoc ex verbis & forma mandati æstimatur*. II.

Ex verbis, si detur, aut fiat quod mandatum est. III.

Dandi mandatum incertum quatenus impleatur. IV.

Ex forma, si ea fuerit diligentissime servata. V.

An qui mandati summam excessit, aut infra eam constitit, mandatum impleverit? Sabini & Proculi contraria opinione indicata, posterioris sententia præfertur. VI.

Quæ prioris indicatæ quæstionis partis definitio. VII.

Quæ rursus posterioris distinctione temperata decisio. VIII.

Mandatum pro impleto habetur ratihabitione, vel fine. Quæ modi posterioris exempla. IX.

Ratihabitione quomodo. Quid si illa inutilis; & quando talis. X. XI.

2. *Quod abest mandatario mandati caussa; quid & quatenus abesse quidquam intelligatur*. XII.

Mandati caussa abesse impendia & damna propter mandatum facta vel accepta. XIII.

Impendia rite facta restitui. Et quæ sint talia. XIV.

Item damna, sed quæ contigerint mandati caussa dumtaxat; & quæ eiusmodi. XV.

3. *Procuratoris indemnitas: & quatenus illa præstetur*. XVI.

I. Atque hæc mandatarii obligatio est. Est etiam contra sua obligatio mandatoris ex hoc contractu. In hac sunt ea, quæ vicissim mandator ei qui mandatum suscepit, præstare debet. Huius autem obligationis præstatio una est. Eius hæc summa; ut si quid mandatario propter mandatum abest, id omne mandato impleto, aut perinde habito quasi impletum esset, mandator illi reddat, eumque indemnem præstet. Sed multa continet hæc definitio, quæ sparsim scriptis veterum sub hoc titulo, indicantur verius, quam explicantur. De quibus ita liquebit, si partibus huius definitionis propositis, quid unaquæque contineat, ordine cognoscemus. Complectitur autem hæc definitio in summa, huius obligationis & præstationis caussam; tum rem quæ hic præstanda est. Caussam voco ea, quæ locum faciunt huic præ-

præstationi & petitioni mandatarii; seu quæ antecedere oportet, prius quam quidquam hic petere possit mandatarius a mandatore. Ea tria sunt. Primum, ut impletum sit mandatum, aut perinde habeatur, quasi impletum esset. Proximum, ut mandatario quid absit. Tertium, ut absit propter mandatum.

II. Principio ita statuendum est, ut sit mandatario de eo quod ei abest, adversus mandatorem ulla actio, ante omnia mandatum impleri oportere. Mandato non impleto, nihil mandatario ex caussa mandati deberi, nec habere eum, quod possit eo nomine cum mandatore agere. *L. si mandatu*, 45. in pr. *D. mand.* Is implet mandatum, qui id facit, quod mandatum est. Quod an ita factum sit, ex verbis & forma mandati æstimandum est.

III. Id enim mandatum est, quod verbis mandati continetur. Et omne mandatum in eo est, ut aut fiat quid, aut detur. Si ut quid fiat, mandatum sit, tum impletum mandatum intelligitur, cum id factum est, placetque exinde mandati actionem esse mandatario, quanvis nihil dum eo nomine dederit. Si ut detur, non prius videtur mandatum impletum, nec placet prius cum mandatore agi posse, quam mandatarius dederit, utcumque priusquam daret, obligarit se in eam summam. Utputa, mandavi tibi, ut fundum mihi emeres, emisti. Ages mecum statim, etiam prius; quam pretium dederis: quia faciendi mandatum fuit: tu autem fecisti. Ages autem, ut suscipiam in me obligationem. *L. si mandatu*, 45. in pr. *D. mand.* Contra, si mandavero tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris; nondum tibi actio est, nisi condemnatus fueris: scilicet quia mandatum fuit dandi; nondum autem dedisti, *ead. L. si mandatu*, 45. §. *sed si mandavero*, *mand.*

IV. Quid, si mandatum dandi sit incertum, puta de re aut summa in certa danda, cuius electio sit mandatarii? Id mandato contineri intelligitur, ut eam sive rem, sive summam eligat mandatarius, qua minima ad mandatum exsequendum defungi potest, quod mandatori commodum sit. Proinde cum id fecit, mandatum implevit, & hactenus mandati habet actionem. Qui secus facit, ultra id, quod minimum est, actionem non habet. Veluti, si quis pro eo spoponderit, qui ita promisit, si Stichum non dederis, centum millia dabis? & Stichum redemerit vilius, & solverit, ne centum millium stipulatio committeretur. Quo exemplo Paulus utitur in *d. L.* 45. Aut si fideiussor, qui sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spoponderat, quodvis triticum dederit, dum modo id, quo pessime se a stipulatore liberare potuit. *L. fideiussorem*, 52. *eod.*

V. Quæ cum ita sint, apparet eum mandatum non implere, qui aut nihil gerit, de quo constat: aut si quid, facit aliud, quam mandatum est. Nam aliud non est idem. *L.* 5. *D. mand.* Ideo placuit ei, qui aliud fecit, tanquam non impleto mandato non esse impensæ repetitionem. Veluti, si domum Seianam emere rogatus, emerit Titianam, quanvis forte meliorem & minoris pretii, *d L.* 5. in princ. *mand.* Idque est, quod aliis verbis definit Paulus in *ead. L.* 5. diligenter fines mandati [1] custodiendos esse: qui excessit, eum aliud quid facere videri.

VI. Quo iure posito, & generaliter recepto inter omnes veteres, cœpit quæri, quando videretur factum esse idem, aut aliud, ut hinc iudicari posset de mandati actione. Constititque dubitatio in hac specie, si quis cum rogatus esset quid facere ad certam, præscriptamque summam, fecerit quidem, sed ita, ut aut excederet eam summam, aut intra minorem consisteret. Veluti, si quis usque ad centum aureos mandaverit alicui, ut fundum emeret, vel pro Titio sponderet: & is emerit quidem eumdem fundum, sed pluris aut minoris: spoponderit pro Titio, sed in minorem, aut maiorem summam. [2] Sabino & Cassio placebat, nullam ex hac caussa mandati actionem esse,

1) Vid. Agell. 1. *Noct.* 13. Mozz. *Col.* 4. *de Naturalib.* *n.* 6. *& seqq.* Tiraq. *Tr. de Iudic. in reb. exig. fer.* vers. *octuagesimo septimo*. Cuiac. 12. *Obs.* 34. ubi similem legem ex Tragedia Sophoclis refert. Et hanc licentiam transcendendi limites notavit Ovid. *Lib.* 1. *de Arte*. Inde Procurator nimium quoque multa procurat. Et sibi mandatis plura videnda putat. Sub specie amicitiæ, ait enim ille per amici numen fallere frequens esse: mandatarii enim amici dicuntur *L.* 1. §. *ult. h. L.* 56. *de neg. gest. L.* 23. *de reb. auct. iud. L.* 1. *Quib. mod. pig.* Cic. *pro Rosc* Nec quisquam, ait, fere mandat nisi amico. Quid si mandatum non sit finibus circumscriptum? Reducendum ad præsumptam mandantis voluntatem, eiusque utilitatem, nec quidvis agere licet, sed bona fides non definitum definit, per *L.* 35. *L.* 46. *L.* 60. §. *ult. h.* Vult. *in* §. 8. *I. h. t. n.* 2.

2) Quos mera iuris ratione niti vult Cuiac. 12. *Obs.* 34. Quia enim sic excessit fines, mandator non habet actionem contra mandatarium rei recipiendæ caussa, etsi paratus sit superfluum, quod plus dedit, mandator, solvere; quia sola ratihabitio nihil agit, sed concurrat necesse est utriusque consensus. Utrique nec mandatario debet actio dari contra mandatorem. Quare cum ex humanitate detur actio iuxta Proculi sententiam, mandatario; dabitur & mandatori utilis actio ad rem recipiendam si ratum habeat etiam altero invito. Ita Cuiac. Quæ vix probanda. Nam quin eo casu quo ratum habet mandator id in quo excessit procurator, sit actio contra mandatarium & quidem directa, puto nec Sabinum & Cassium dubitasse, quando scilicet, antea illius nomine & mandati implendi caussa gestum est. Neque tum deficit alterutrius consensus.

se, ut refertur in *§. is qui, Instit. de mand.* Non dubium, quin ideo, quod putarent aliud factum esse, quam mandatum erat; proinde non id quod mandatum est. Nervæ & Proculo contra visum est ut plurimum in utramque partem esse actionem mandatario in eam summam, quæ in mandato inerat: hoc in *d. §. is qui, Inst. de mand. L.* 3. in fin. *iuncta. L.* 4. *D. eod.* & recte, tanquam scilicet ad eam summam impleto mandato: quod ex subiectis exemplis postea patebit. Quæ & propterea sententia, ut benignior, obtinuit, ut refertur in supra scriptis locis.

VII. Sed quoniam dixi, hoc ita esse ut plurimum, id quale sit, explicandum est. De eo autem sic habendum: quoties procurator in specie propositam definitam summam excessit, toties in eam quæ mandato expressa est, habet actionem, & vice mutua de eo quod ex ea caussa ad eum pervenit, tenetur mandatori; ut puta, mandavi tibi, ut fundum centum emeres; emisti centum & viginti. Placet usque [3] ad statutum pretium saltem te acturum. *L.* 3. in fin. *L.* 4. *D. mand. d. § is qui. Inst. eod.* Quid ni vero usque ad pretium statutum? Nam & hactenus mandatum impletum est. Quippe de centum mandatum erat: & qui centum ac viginti impendit, eum certe verum est centum iuxta mandatum impendisse. Quod amplius est, quia est extra mandatum inutiliter adiectum intelligendum est, ut quidem mandatori noceat. Non debet autem utile per inutile vitiari. *L.* 1. *§. pen. D. de verb. obl.* Ac faciamus, inutile illud omnino adiectum non esse. Hic nemo dubitet, quin omni ex parte impletum sit mandatum. Atqui iam effectum est, pro non adiecto id habendum. Quod tantumdem valet. Idem multo magis dubitaret, quin omni ex parte impletum esset mandatum. Idem multo dixerimus, si rogatus in certam summam fideiubere, in ampliorem fideiusseris. *d. §. is qui. de mand.*

VIII. Quod si mandatarius substiterit infra summam præscriptam, distinguendum est; ut si quidem sine incommodo mandatoris id fiat, mandatarius eatenus habeat actionem, quatenus impendit. Si non possit fieri sine mandatoris incommodo, in totum nulla sit actio mandatario, ne ad eam quidem summam, quæ impensa est, & mandato inerat. Exempla hæc sunt: Mandavi tibi, ut fideiuberes. Si in minorem summam te obligasti, nihilominus quasi expleto in eam summam mandato, & teneris mihi, & tu adversus me habes actionem. *L. rogatus*, 33. *D. mand.* At quomodo impleto mandato, cum id totum non perfeceris, quod mandaram? Quia cum mandavi, ut fideiuberes pro me in viginti, etiam mandavi, ut fideiuberes in decem: quoniam in viginti insunt bis decem, & generaliter in maiori summa minor: ut est in *L.* 1. *§. pen. D. de verbor. oblig.* Ita qui fideiubet in decem, hactenus saltem implet mandatum, quia & de his velut separatim mandatum erat. Sed & hoc, quod quis pro me fideiubet in minorem summam, hactenus saltem mihi prodest; ultra vero nihil nocet, quia & sine ea fideiussione in reliquam partem non minus essem obligatus. Ut verisimile sit me de viginti mandando in singulas partes eius summæ admisisse fideiussionem. Contra si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris: placet nihil hic de mandato impletum videri, ne in nonaginta quidem, ideoque si tu fundum tradideris, me nihilominus fundum petere posse, nec obstaturam mihi mandati exceptionem, nisi & [4] reliquum mihi quod deest mandatu meo, præstes, & indemnem me per omnia conserves. *L.* 5. *§.* 3. *D. mand.* Et recte. Nam si emptor postulat totum fundum suum fieri, interest mea, ne fiat eius minore pretio, quam volui. Quod si is paratus sit pro portione pretii mandari partes fundi retinere, & pro eo quod deest, partem fundi mihi communem relinquere; hic multo magis interest mea, ne id fiat. Quia nec reliquam eam partem facile postea possum vendere: & periculosum est venire cum alio in communionem propter discordias, quas materia communionis solet excitare. *L. cum pater*, 77. *§. dulcissimis*, *D. de legat.* 2. Quam ob caussam etiam nemo invitus ad eam communionem compellitur. *L. si non sortem*, *§. si centum*, *D. de cond. ind.*

IX. Interdum quanvis non impleto mandato agere potest mandatarius, sed tunc, cum perinde habetur mandatum quasi impletum esset. Quod fit alias sine ulla mandatoris ratihabitione, alias ratihabitione secuta. Etiam nulla ratihabitione mandantis

sus. Voluit enim mandato parere qui gessit, & in idem tempus ex vi ratihabitionis quæ retrotrahitur, concurrere censetur voluntas mandantis etiam ratione eius, in quo fines mandati excessi sunt.

3) Nunquid autem ad reliquum actio negotiorum gestorum? Negat Hopper. *Lib.* 5. *πιθανῶν pag.* 180. quia qui mandatum finibus certis circumcludit, reliqua, quæ extra fines istos posita prohibere videtur. Ergo per *L.* 40. *h. t. & simil.*

4) Vid. Cuiac. *in not.* 2. *sent.* Pauli 15. *§. ult.*

tis interveniente, mandatum non impletum pro impleto habetur, cum mandatarius cœpit exsequi mandatum, & casu factum est, quominus perficeret. Veluti, si dum in itinere aliquid impenderit mandati exsequendi caussa, & in eo itinere decesserit: aut si missus ad fundum emendum a Titio, ideo non emerit, quia Titius nollet vendere: aut si misso eo ad vendendum nemo exstitat emptor. In quibus caussis placet nihilominus quod ante impensum erat, id mandatario aut heredi eius præstari debere. *L. qui mutuam*, 56. *§. ult. D. mand.* Quasi scilicet mandato impleto, quod quominus impleretur, per mandatarium non stetit. Receptum ideo, ne quod damnum sentiat mandatarius propter mandatum.

X. Ratihabitio autem secuta eius, ad quem res pertinet, de qua agitur, id efficit, ut quod mandatum impletum non est, semper pro impleto habeatur. Veluti, si rogatus, ut mihi domum Titianam emeres, tu aliam emeris, & ego ratam habeam. Plus dicimus, ratihabitionis hanc vim esse, ut quanvis cui nihil mandatum sit omnino, si tamen meo nomine quid fecerit, & ego ratum habeam, perinde id sit, quasi ego mandassem: neque id quovis modo, sed ut iam tum etiam videar mandasse, cum factum est, non ex quo tempore ratum habui. Utrumque significatur regula veterum, quæ in ius certum abiit, ratihabitionem mandato comparari: quæ regula multis locis constanter tradita est, ut *L. vero*, 12. in fin. *D. de solut. L. hoc iure*, *§.* 1. *D. de reg. iur. L.* 1. *§ quoties*, in fin. *D. de vi.* Additur amplius, ratihabitionem mandato ita comparari ut retro trahatur ad id tempus, quo res gesta est, quæ ratihabitione comprobatur. Confirmatum nominatim constitutione Iustiniani in *L. ult. C. ad sen. Mac.*

XI. Sed monendi sumus hoc de utili ratihabitione dictum esse. Nam quæ inutilis est, nulla est. Neque vero potest ratihabitio dici mandato comparari, quæ non est. Accidit autem tribus in caussis, ut non valeat, vel potius ut nulla sit ratihabitio: totidemque modis fit, ne mandato comparetur. Accidit primum in servo herede instituto, hereditatem sine iussu domini adeunte. Placet hunc ita nihil agere, ut nec si dominus postea ratam aditionem habeat, ratihabitione eius aditio confirmetur. *L.* 6. in pr. *L. si quis mihi bona*, 25. *§. iussum*, *D. de acq. her. L. servo*, 65. in princ. *D. ad Treb.* nempe quia ea aditio nulla fuit. Ac cur nulla sit, ostendimus supra, cum de hereditate & bonorum possessione acquirenda ageremus. Idem evenit, cum quis suo nomine gestum tunc ratum habet, cum mandare non potest. Nam si ratihabitio nihil habet amplius, quam ut mandato comparetur, non potest utique ibi valere, ubi mandatum valere non potuit. Unde si quis bonorum possessione sibi delata, eademque ab alio eius nomine recte petita, tunc petitionem ratam habeat, cum eam iam petere non potest, placet ratihabitionem nihil agere. *L. ult. D. rem rat. hab.* Sed & tunc ratihabitio nullius momenti est, cum quis comprobat id, quod gestum mutari non potest. Eius est enim nolle, qui potest & velle, & contra. *L.* 4. *L. si quis extraneus*, 21. *§.* 1. *D. de acq. her.* Atque hinc est, quod placuit, eum patrem, cuius iussu filius, quem in potestate habet, viduam uxorem duxit ante finitum diem luctus, infamia notari: si autem nuptiis iam contractis ratum id factum habeat, non notari. *L. quid ergo* in pr. *D. de his qui not. inf.* Cur enim notetur comprobando, qui rem etiam si vellet, mutare non potuit?

XII. Hæc de impleto mandato, eove quod pro impleto habeatur, satis. Secundum exigimus ad superiorem præstationem mandatoris, ut mandati caussa aliquid absit mandatario. Sumptum ex fine eius obligationis qua mandator tenetur, quæ ut supra indicavi, eo spectat, ne quod damnum mandatarius propter mandatum patiatur. *L. ex mandato*, 20. *D. mand.* Est autem damnum, si quid mandatario absit de patrimonio. *L.* 3. *D. de mand. inf.* Unde illud negatum in persona fideiussoris, illi mandati actionem competere liberato reo, nisi quid agenti absit, ac propterea quæsitum, quando abesse intelligatur pecunia fideiussori. *L. inter*, 26. *§. abesse*, *D. mand.* Abesse autem quid procuratori intelligitur, sive quid impendit, amisitve, sive alieno nomine se obligavit; illic pecunia, hic libertas, quæ necessitate solvendi suscepta, amissa est. Unde & utroque nomine agi potest. Ad quid, dicetur postea in extremo.

XIII. Non est satis procuratori quid abesse. Etiam propter mandatum, seu mandati caussa abesse oportet. Propter mandatum, & mandati caussa abesse intelligitur, cuius amittendi nulla alia caussa est, quam mandatum, cuius etiam caussa officium gerendi est susceptum. Nam & hoc modo describuntur ea, quæ dicuntur deposita tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa. *L.* 1. *§.* 2. *D. depos.*

pos. Huius generis in mandato sunt duo, impendia, & damna propter mandatum contingent.

XIV. De impendiis ita placet, impendia & sumptus mandati exsequendi caussa factos, si bona fide facti sint, [5] restitui procuratori omnimodo debere. *L. si quis alicui*, 1. *§. impendia*. *L. qui mutuam*, 56. *§. ult. D. mand. L.* 4. *C. eod.* Exsequendi mandati caussa impendi intelligitur, quod ad id exsequendum impendere necesse est, seu quod ad id exsequendum impenditur necessario. Id autem est, sine quo mandatum impleri non potest. Unde qui sumptus exsequendi mandati caussa facti dicuntur a Caio in *d. L. si quis alicui*, *§. impendia*. Hi in eadem re dicuntur a Papiniano sumptus necessario facti in *d. L. qui mutuam*, *§. ult.* Bona fide factos, intelligere debemus, cum quantum minimum in rem mandatam impendere procurator potuit, tantum impendit, non amplius. Quod eo pertinet, ut si plus impendit, tanquam contra bonam fidem impensum non repetat: ut, si sine adiectione bonitatis triticum pro altero fideiussor spoponderit; placet eum non aliud triticum repetere posse, quam quo pessimo liberare se a stipulatore potuit propter electionem dandi iure illi tributam. *L. fideiussorem*, 52. *D. mand.* Sed ut quod minimum impendere procurator potuit, id impendat, satis est. Proinde si id fecerit, non erit ei fraudi, si is qui mandarat, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere vel propter gratiam, qua valebat, vel propter præsentes rerum commoditates, quibus procurator caruit, *d. L. si quis alicui*, 27. *§. impendia*, *mand.* Ut isto modo mandati exsequendi caussa impensum sit, solum exigimus, *d. §. impendia*. Quapropter quod ita impensum est, sive negotio finem imposuit procurator, sive ideo non imposuit, quia non posset, restitui oportet, *d. L. qui mutuam*, 26. *§. ult. mand.* Sed nec distinguemus, utiliter gestum fuerit, & ex animi domini sententia, an vero [6] inutiliter; dum ex mandato gestum sit, & bona fide, ut si procurator ad litem exercendam datus sumptus in litem necessarios fecerit, sed reportaverit contrariam sententiam. *Species L.* 4. *C. mand.*

XV. Damna quæ inter exsequendum mandatum contigerunt, non omnia præstanda sunt procuratori; sed ea solum, quæ & ipsa per caussam mandati contigerunt, non aliunde. Cuius generis species sunt duæ. Aut enim a re ex mandato commissa accidunt: aut extrinsecus in iis rebus, quæ mandati exsequendi caussa paratæ erant. A re ex mandato commissa, quæ accidunt, omnia præstanda, si mandator prævidere potuit, mandatarius ignoravit, neque est præmonitus ut caveret. Veluti, si mandatu meo aliquem susceperis domi tuæ, ut eum aleres, & cum scirem non esse admodum bonæ famæ, tu ignorares: ego te non monuerim, atque is tibi furtum fecerit. *L. inter*, 26. *§. pen. D. mand.* Extrinsecus contingentia ea solum præstanda esse placet, quæ contingunt in iis rebus, quas habuit procurator mandati exsequendi caussa, non aliter habiturus aut amissurus. Cætera quanvis in mandato exsequendo contingentia mandatori non imputari. Utputa, cui mandatum erat, ut fundum emeret, eo proficiscens ubi emere debuit, pecuniam secum sumpsit necessariam ad eam emptionem, & in itinere incidit in latrones, ubi non solum illam pecuniam amisit, sed & alia pleraque sua: aut languore suo suorumque correptus quædam erogavit. Dicemus nihil amplius ei præstari debere, quam eam pecuniam quam [7] mandati caussa impensurus erat: cætera magis casibus fortuitis, quam mandato imputanda. Hoc in *d. L. inter*, 26. *§. non omnia. mand.* Et merito: quia solum propter mandatum dici potest pecunia amissa ea, quæ mandati caussa sumpta est.

XVI. Caussam tenemus præstationis eius, quæ a mandatore est: in qua est tempus illud, cum mandatarius possit cum mandatore eo nomine agere. Quid hic mandator præstare debeat mandatario, quod secundum in superiore definitione erat, videamus. Et iam dixi id in hac parte, ut procurator indemnis præstetur. *L. ex mandato*, 20. in princip. *D. mand.* Proinde ut præstetur quod ei abest. *L. inter*, 26. *§. abesse*. *D. eod.* Et recte:

5) Item usuræ eius pecuniæ, maxime si eam aliunde sumpsit mutuo, quam reperire non potuit sine usuris *L.* 1. *C. h. ubi* Don. *n.* 3. At usuræ non debentur sine conventione vel mora. Resp. Hic non præstantur ut usuræ, sed ut res principalis, ceu id quod mandatario abest.

6) Nam hic mandatori non fit iniuria, nec fraudatur qui consensit. Secus in negotiis gestis, quia ibi nulla gerendi caussa, nisi utilitas negotii. Consilium autem gerentis, quanvis bona fide & sedulo accesserit, non potest alteri esse damnosum *L.* 39. *de neg. gest.* Don. *ad d. L.* 4. *n.* 4. Non obstat *L.* 5. *§.* 6. *ind. solvi*. Ideo enim ibi expensas litis non recipit fideiussor, quia iussus erat fideiubere non litigare, excessitque fines mandati per *§. praced.* Pac. 4. Q. 95. aliter Costal. *in L.* 10. *de neg. gest.*

7) Hinc inferunt legatis quæ amiserunt in itinere equos &c. non esse restituenda de publico, ideoque suadent ut priusquam se in viam dent res ad profectionem necessarias de publico poscant, Mozz. *Col.* 4. *de Natural. n.* 25.

ste: est enim æquissimum ita in mandato suscipi officium gratuitum alieno nomine, ut tamen gerenti officium non sit damnosum, *d. L. si servus*, 60. §. *quod vero*, *D. de furt.* Sed id quod abest solum præstandum procuratori, nihil præterea. Meminerimus enim mandatum esse gratuitum. *L.* 1. in fin. *D. mand.* Quod eam vim habet, ut ne quid procurator pro opera tanquam mercedem operæ possit exigere. Quoniam autem supra quoque diximus procuratori abesse posse duo, quorum nomine eum mandatore agi possit; pecuniam propter mandatum impensam, amissamve; & libertatem obligatione suscepta infractam: hic iam quærendi locus est, quæ harum rerum nomine petitio sit ad mandatarii indemnitatem. Et pecunia, quæ abest, ipsa petitur. De obligatione; qua ex mandati caussa se obstrinxit procurator, ita agit. Petit, ut mandator eam in se suscipiat, ipse procurator liberetur. Sic enim præstatur indemnis, sublata ea necessitate solvendi, qua prius tenebatur, *d. L. si mandatu*, 45. in princ. §. *quoties mand.* Quod, si mandator in se non transferat obligationem, aut aliter mandatarium non liberet, nempe id fiet, quod in omnibus faciendi obligationibus, ut teneatur, condemneturve mandator in id, quod mandatarii interest. *L. si quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud. L. stipulationes non dividuntur*, ver. *Celsus*, *D. de verb. obliga.* Sed quid hic mandatarii interest, dicet aliquis, cum nondum ei quidquam abit de patrimonio? Dicimus id ei abesse videri, in quo obligatus est. *L. si quis mandatu*, 28. in fin. *D. de negot. gest.* scilicet, quia id præstare necesse habet ex definitione obligationis. *Inst. de obl.* ut iam perinde sit, quasi præstitisset, in quo per mandatorem stet, quominus liberetur.

CAP.

C A P. XIII.

De fideiussore, qui mandatu alterius fideiussit, propria tractatio: in qua duo quæruntur: Primum, an priusquam solvat, agere possit cum mandatore, ut liberetur. Deinde an & tunc, cum solvit, statim habeat actionem.

I. EX his quæ de superiore obligatione mandatoris, & iure mandatarii dicta sunt, nata quæstio est de iure fideiussoris in repetitione eius, quod illi propter fideiussionem abest. Nam & hic ut plurimum ad fideiussionem accedit alterius mandatu, alias debitoris, alias extranei rogantis, ut pro debitore fideiubeat. Unde & quod fideiussor pro reo solverit, eius recuperandi caussa habere eum mandati actionem scriptum est in §. *penult. Inst. de fid.* ut dubitari non possit, quin hæc fideiussoris præstatio ad obligationem mandati pertineat.

II. Quæritur igitur, quid de repetitione eius servari oporteat: utrumne omnia secundum ea, quæ de hac parte obligationis mandati modo diximus: an potius ali-

aliquid sit huius proprium. Quorum utrumque cum in repetitione fideiussoris parum sit expeditum, ideo huius personæ in hac parte proprium tractatum desiderat. Ex quo tam multa de eo tractata legimus sub *Titulo mandati*, *D.* Est autem de eo duplex quæstio. Una, an & priusquam solvat, agere possit, ut liberetur. Altera, an & tunc cum solvit, statim habeat actionem, & quid in eo desideretur.

III. Quæ omnis fere quæstio est illa quidem in eo, quando fideiussor mandatum fideiussionis implesse videatur. Impleto enim mandato ex quo ei quid absit, consequens est superioribus eum mandati actionem habere; non impleto, aut non ita impleto, ut ei quid absit, nihil ei deberi. Sed hoc ipsum, quando impletum sit, sive nondum solverit, sive solverit, dubitationem habet, neque una definitione certa continetur. Ac de eo, qui nondum solvit, primum consideremus. In quo regulariter ita traditum est, fideiussorem priusquam solverit, aut satisfecerit pro debitore, mandati adversus mandatorem agere non posse, ne ad hoc quidem, ut liberetur. *L. Lucius*, 38. in fin. *D. mand. L. si pro ea. C. eod.*

IV. Atqui ante posuimus procuratorem de eo, quod sibi abest, recte agere, impleto mandato. Cum autem faciendi mandatum fuit, etiam tunc mandatum impletum videri, cum id fecit, quod mandabatur. Hinc evenire, ut si ex ea caussa mandator se obligarit, ultro habeat actionem adversus mandatorem ut liberetur, quæ omnia indicantur in *L. si mandatu*, 45. in princ. & §. *quoties*, *D. mand.* Iam vero fideiussorem hoc ipso quod fideiubet, constat se obligare ex mandati caussa, & esse in eo, quod pariter illi absit. Et cur non etiam ex superiore definitione mandatum videatur implesse, simulatque se obligavit? faciendi enim tantum mandatum fuisse videtur, cum ei mandatum est, ut fideiuberet. Id quod tunc videtur impletum, cum fideiussor pro alio se obligavit, ut omnes contractus recte dicuntur facti esse. *L. consilio*, *§. ult. D. de curat. fur.* Et recte dicitur in cæteris contractibus mandatis factum tantum contrahendi mandatum videri, ut re a mandatario iuxta mandatum contracta, verum sit impletum esse, quod mandatum erat, atque hinc esse actionem. *d. L. si mandatu*, in pr. *mand.* Sed hoc habet præter cæteros contractus fideiussionis mandatum, ut qui de fideiubendo mandat alicui, videatur mandasse, ut suo nomine solveretur. Hoc Celsus in *L. indebitam*, 47. *D. de cond. ind.* Et recte. Non enim simpliciter petitur a fideiussore, ut se obliget, sed nominatim ut se obliget pro debitore, ut est *Inst. de fideiuss.* in pr. In quo nihil aliud petitur ab eo, quam ut personam totam debitoris in ea obligatione in se suscipiat. Est autem hæc persona debitoris, non solum ut sit obligatus, sed etiam [1] ut solvere debeat. Quare & hæc ipsa persona mandari ei, & mandata ab eo suscipi intelligitur. Quo efficitur, nisi solverit, non alia de caussa eum actionem non habere, quam quod mandatum nondum implevit.

V. Sed tamen non est perpetuum. Id ita temperandum esse placuit, nisi iusta aliqua caussa intervenerit, quamobrem fideiussori concedatur etiam ante solutionem agere, ut liberetur. Huius generis caussæ [a] quinque sunt; quatuor quidem receptæ sine controversia; de quinta dubitari potest; sed tamen & ipsa vera est, nec minus a nobis recipienda. Et ut a notioribus progrediamur ad magis dubias, prima caussa est, si fideiussor ab initio ita fideiussionem suscepit, ut posset debitorem & ante solutionem convenire. Expressa in *d. L. si pro ea, C. mand.* Hæc minorem dubitationem habet, Generaliter enim tenendum est contractus ex conventione legem accipere. *L. contractus*, *D. de reg. iur. L. 1. §. si convenit*, *D. de pos.*

VI. Secunda caussa est, si fideiussor conventus iudicio [3] condemnatus est. Traditur

[1]) Reddi potest & hæc ratio, quia alias vix profutura debitori mandanti fideiussio, si confestim ea interposita agi posset, ut liberetur fideiussor, id est, ut salvatur creditori. Alia ratio est emptionis *d. L. 45 in pr.* aliorumque contractuum. Prodest enim mandanti emptum esse fundum, suo nomine eo pretio quo emi voluit, etsi ipsi pretium exsolvendum.

a) Ita & noller *ad L. 10. C. h. t.* Sed quatuordecim casus refert Menoch *Arbitr. C.* 41. quorum tamen quidam his inclusi, quidam regulæ non convenire videntur, exceptis casu quarto si ex necessaria vel utili, puta studiorum, caussa abesse velit fideiussor, & octavo in fideiussore, de iudicio sistendo *L. 45. §. 3. h. t.* Sed Don. *ad d. L. 10. n.* 4 eum §. non de fideiussore iudicio sisti loqui, sed de eo qui solus promisit, cum reus ipse non promiserit. Fideiussor enim promittit se stiturum reum, sed aliter ut est *in L. 2. §. ult. Qui sat. cog.* Alias inutilis fideiussio. Eadem enim obligatio fideiussoris esse debet, quæ principalis. At hic non promisit ut a fideiussore sisteretur, sed fore, ut se ipsum sisteret. Vid. & de his caussis Gomez. 2. *Resol.* 13. n 10. Gail. 2. *Obs.* 29 Beust. in *L. admonendi* 31 *de iurei. n.* 234. *& seqq.* Coler. *de Proc. exsec. P. I C.* 10. *n.* 317. *& seqq.* Agitur autem ex his caussis, ad id ut debitor solvat, si nolit condemnatur ad interesse, Don ad *d. L.* 10. *n.* 25. Tanti vero interest, quanti est summa, in qua fideiussor obligatus *L.* 28. *de neg. gest.*

3) Et nihil ei cur condemnatus imputari potuit, per ea quæ infra *h. C.* Don. *ad d. L.* 10. *n.* 8. vid. Menoch. *Arb. Cas.* 41. *n.* 17. *& 3. seqq.*

ditur in *d. L. si pro ea, C. mand. L. Lucius*, 38. in fin. *L. si mandatu*, 45. *§. sed si mandavero, D. eod.* Hæc caussa hanc rationem habet, quod etsi is, qui condemnatus est, non ideo magis solvit pecuniam, sed tantum obligatus est, ut solvat, ut ante, quo nomine etiam tenetur iudicati: tamen inter priorem obligationem, quæ iudicatum præcessit, & hanc iudicati, qua post condemnationem teneri cœpit, ad vim solvendi hoc interest: quod ex priori caussa potuit debitor tergiversari, & solutionem differre ad iudicium provocando, sed & condemnatus potuit appellare quanvis iniuria. Condemnatus autem, qui non appellavit, statim necesse habet pecuniam solvere. Certe post tempora iudicati præcise cogitur. *L.* 4. *§.* 1. *D. de re iudic.* Intra autem iudicati tempora nihilominus & iure ipso tenetur; etsi humanitatis caussa tempus illi indulgetur, solutionis, ut est in *L. cum militi*, in fin. *D. de compensat.* Hæc necessitas facit, ut qui iam non potest solutionem ullo prætextu differre, merito perinde habeatur, quasi iam solvisset. Nam etsi fideiussor consistat intra tempora iudicati, non abs re tamen pudori eius pareitur, si velit etiam id spatium antevertere, ne videatur aut litigiosus, aut non habere unde solvat, aut creditori nocere velle.

VII. Tertia caussa est, si debitor bona sua 4 dilapidare cœperit, aut in alia, aut luxuriose vivendo, aut pecunias in exædificationes aut alias molitiones non necessarias profundendo. Tradita & hæc caussa diserte in *d. L. Lucius*, 38. in fin. *D. eod. d. L. si pro ea, C. eod.* Eius ratio reddita. *d. L. si pro ea*, quia hæc res fideiussori iustam metuendi caussam præbeat. Optima ratio & vera. Nam quod ad periculum attinet, quod hic metuitur, in promptu est. Facile enim fiet, ut debitor sua dissipando desinat solvendo esse. Hoc vero periculum & ad fideiussorem pertinet, si cogitur ante solvere, quam debitorem conveniat. Nam & ipse pecuniam solutam amiserit, quam non possit postea a debitore inope consequi. Hoc quæritur, an ei hoc periculum sit amovendum. Ratio superior efficit esse amovendum. Et recte: sic enim procurator mandatum exsequi debet, ne quid tamen propter officium suum damni sentiat. *d. L. ex mandato*, 20. in pr. *mand.* Quod cum illi in hac caussa præstandi non possit certo, nisi rebus integris occurritur, ideo hoc illi tribuitur, ut & ante solutionem possit debitorem convenire: merito etiam hoc illi æquitate huius iudicii tribui placuit.

VIII. Quarta caussa est, si diu reus in solutione cessaverit. Expressa in *d. L. Lucius*, 38. in fin. *D. mand.* Diu in usu iuris accipimus non minus quam 5 decennio. *L. si cum fideicommissa*, *§. Aristo*, *D. qui & a quib.* Habet hæc caussa eamdem æquitatem, quam superior. Nam cum reus tandiu cessaverit, periculum est, ne aut aliquid machinatus sit cum creditore in necem fideiussoris, quo scilicet totum onus obligationis derivetur in fideiussorem; aut iam nunc debitor non sit solvendo. Cur enim tot annos cessat solvere? non est temere.

IX. Quintam caussam adiiciemus superioribus, si 6 inimicitiæ capitales a debitore exortæ inter eum & fideiussorem intercedere cœperint, de qua caussa dubitari non oportet. Est enim hæc idonea, cur non cogatur fideiussor mandatum implere. *L. sane*, 23. *D. mand.* Proinde tanquam qui non cogatur pro inimico solvere, iusta illi caussa est, cur possit & ante solutionem cum debitore agere, ut liberetur. Sed & inimicitiis huiusmodi intervenientibus, iustam metuendi caussam habet fideiussor, ne si solverit pro debitore, id non facile consequi possit ab inimico, ut ante diximus. Quæ vel sola ratio idonea est, cur fideiussor etiam hoc casu possit debitorem convenire ante solutionem. *d. L. si pro ea, C. mand.*

X. Ac de eo fideiussore dictum est, qui nondum solvit. De eo qui solvit, satisfecitve pro debitore videamus. In quo quæritur, quid solvendi & satisfaciendi verbo contineatur in hac specie, & numquid amplius desideretur a fideiussore, ut sit ei ex hac caussa adversus mandatorem actio. De quo sic habendum est, fideiussorem, si a supra scriptis caussis quinque discesserimus, ita demum adversus debitorem mandantem aliumve mandatorem mandati actionem habere, si pro debitore satisfecerit, atque hæc ad satisfactionem acces-

4) Vid. Menoch. *d. Cas.* 41. *n.* 13. *&* 3. *seqq.* Don. *ad d. L.* 10. *n.* 9. *& seq.* ubi scite quomodo hoc probandum sit, & Marq. Freher. *Lib.* 2. *de Fama C.* 13. *n.* 8.

5) Ita & noster *ad d. L.* 10. *n.* 14. *& seq.* reprobans Bartoli opinionem, qui biennium vel triennium requirit, & Accursius qui iudicis arbitrio id definiri vult, quia non expressum, nec male ut & Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 10. Menoch. *Arbitr. C.* 41. *n.* 4.

6) Ita & noster *ad d. L.* 10. *n.* 20. *&* 3. *seqq.* Bartolum *in d. L.* 38. & cordatiores, ceu vocat interpretes secutus (1) per *d. L.* 23. (2) quia datur ob profusionem ex ea ratione, quia iusta metuendi caussa *L.* 10. *C. h.* Quæ & hic est. Requirit autem (1) Ut non sint leves (2) Ut earum caussa non nata sit a fideiussore, alias esset in potestate eius ne solvere cogatur, adde ex Menoch. *d. Cas.* 42. *n.* 23. ne ex delicto conditionem meliorem reddat.

accesserint, ut & pecunia absit eo nomine fideiussori, & cum is solvit, denuntiaverit debitori, ne is iterum solvat.

XI. Ut pro debitore solverit, satisfecerit, exigimus. *d. L. si pro ea. C mand. d. L. Lucius, D. mand.* Quo verbo tria continentur: ut quid fecerit fideiussor liberandi debitoris caussa; ut fecerit pro debitore obligato; ut eo facto debitorem liberaverit. Omnis solutio & satisfactio facti est, comparata eo, ut debitor liberetur. De solutione quæ est naturalis rei debitæ præstatio, non dubitatur. *L. solutam, D. de solution.* cuius vicem obtinet & pecuniæ obsignatio ac depositio invito creditore facta. Unde & hæc mandati actionem præstat fideiussori. *L. qui mutuam, 56. §. 1. mand.* Satisfactio quæ fit voluntate creditoris, *L. 1. D. qui satisd. cog.* & ipsa pro solutione est. *L. satisfactio, D. de sol.* cuiusmodi est, si fideiussor deleget creditori debitorem suum. Quo etiam facto statim consequitur fideiussor mandati actionem adversus debitorem. *L. inter, 26. D. mand.* Nec quidquam interest, utrum hæc præstet creditori fideiussor, an fideiussoris nomine alius. *L. si vero, 12.* in pr. *d. L. inter, §. si is qui. mand.*

XII. Non est satis ad solutionem satisfactionemve aliquid conferre, aut facere liberandi debitoris caussa, nisi & ipse pro quo solvitur, vere sit debitor, ut dici possit solutum pro reo obligato. Non est enim solutio, nisi eius, quod debetur, *Inst. quib. mod. toll. obl.* in pr. nec solvitur obligatione quisquam, nisi qui ante fuit obligatus.

XIII. Hinc placet, quot modis fit iure, ut reus pro quo fideiussor intercessit, non debeat; totidem modis evenire, ut fideiussor si sciens solvat, non repetat a debitore. Tribus autem modis id accidit. Uno, si iam ab initio quis non fuit obligatus, etsi putabatur; ubi & denegatur fideiussori solventi actio. *L. si fideiussor, 29. §. non male, D. mand.* Altero, si ab initio reus principalis obligatus solvit postea, ac nihilominus iterum fideiussor sciens solvit. Ubi & illi denegatur actio. *d. L. si fideiussor, §. si cum debitor.* Tertio, si reus & debuit ab initio, & necdum solvit, sed aliqua exceptione tutus est, puta pecuniæ non numeratæ, pacti conventi. Nihil enim interest, utrum quis ipso iure non debeat, an vero teneatur ea actione, quæ exceptione infirmetur. *L. nihil interest, D. de reg. iur.* Quo fit ut si, omissa eiusmodi exceptione, sciens fideiussor ultro solvat, actionem mandati non habeat, *d. L. si fideiussor,* in prin. *mand.*

XIV. Quid ergo fiet, si fideiussor adversus has exceptiones conveniatur nihilominus? Est illius omnia facere, quibus consequatur, ne solvat. Ea sunt duo, si aut debitor monitus suscipiat actionem, aut fideiussor iudicium non detrectans ipse utatur exceptionibus, & litem tanquam suam persequatur. Quam etiam ob caussam exigitur in hac specie a fideiussore horum alterutrum: ut aut ipse conveniat debitorem, desideretque, ut ipse suscipiat potius iudicium vel pro suo vel procuratorio nomine; quod si facit, securus est: *L. idemque, 10. §. pen. D. mand.* aut nisi hoc fit, suscipiat ipse caussam agendam, eamque bona fide ad extremum persequatur.

XV. In quo hoc exigitur ab illo non solum ut iudicium suscipiat ab initio, & exceptionibus reo principali competentibus utatur: quod sine dubio facere cogitur, *d. L. si fideiussor,* in pr. *mand.* Nam & hæ fideiussori competunt. *L. exceptiones quæ, D. de except. L. ex persona, D. de fideiuss.* Sed etiam ut si exceptione usus nihilominus iniuria iudicis condemnatus sit, ipse appellet, & litem appellationis ut priorem suis sumptibus exsequatur. *d. L. si pro ea.* in fin. *C. mand. L. si procuratorem, 8. §. si ignorantes,* & *§. seq. D. eod.* Merito utrumque: fideiussoris enim caussa est, & exceptiones pariter fideiussoris, ut & debitoris. *d. L. ex persona de fideiuss.*

XVI. Sic tamen placet eum damnatum appellare debere, nisi iusta aliqua caussa excusetur. Hanc excusationem duæ res præstant, eius denuntiatio, & paupertas. Denuntiatio, si in tempore ultro denuntiet debitori, ut ipse si videtur, appellet. Paupertas, si ea tenuitate sit fideiussor, ut sumptus litis appellationis ferre non possit. *L. 8. §. pen. mandat.* Quæ exceptio aperte confirmat id, quod ante posuimus, si fideiussor sumptum ferre possit per facultates, exigi ab eo, ut & appellet, & litem appellationis persequatur suis sumptibus.

XVII. Sed meminerimus, quod diximus fideiussorem quovis modo pro reo non obligato solventem mandati actionem non habere, dictum esse de eo, qui sciens defensionem & exceptionem omisit. Si ignorans fecit, excusata est eius ignorantia, nisi in iure erravit, *d. L. si fideiussor,* in pr. & *§. 1. mand.* Semper enim illuc redeundum est, nunquam in mandato debere procuratori damnosum esse offi-

officium suum, quod quidem sine culpa eius fiat, *d. L. si servus, §. quod vero, in fin. D. de furt.*

XVIII. Sed & quasdam exceptiones quanvis reo competentes licet fideiussori contemnere, & si liquidum debitum sit, agnoscere bonam fidem, ut postea recte repetat a debitore, quod solvit. Huiusmodi exceptiones Ulpianus esse dicit, in quibus non de eo quæritur, an debitor sit, necne is, a quo petitur; sed de apicibus iuris disputatur, *d. L. si fideiussor, 29. §. quædam, mand.* Ubi apices iuris vocat rem ad formam & subtilitatem iudicii pertinentem, qua omissa nihilominus idem vere debeatur, quod petitum est. Talis est exceptio procuratoria, quo exemplo Ulpianus ibidem utitur. Finge fideiussorem conveniri a procuratore creditoris, sed de mandato dubitari. Quo casu recte removetur procurator exceptione ex edicto, nisi satisdet dominum ratum habiturum. *L. servum, §. ait, D. de proc* Si hic nihilominus vere procurator est, quod & postea constitit, & fideiussor ei solvit contempta eiusmodi exceptione procuratoria, iure solutum repetet. Idemque de omnibus aliis exceptionibus ex ritu & solemnitate iudicii omissa nascentibus intelligendum est: ut si quis pro utili actione, quæ sola competit, directa experiatur: ubi nihilominus re vera utriusque eadem sit potestas. *L. antep. D. de neg. gest.* Has exceptiones, earumque disceptationem Ulpianus eleganter vocat de apicibus iuris, metaphora ducta 7 ab apicibus literarum. Nam apices qui literis inscribuntur, aut subscribuntur, aut interponuntur, præterquam quod subtiles sunt, neque ita ut literæ eminent, faciunt etiam tantum aut ad ornatum, aut ad faciliorem cursum & intelligentiam scripturæ. Quod si omittuntur, de sententia tamen & substantia scripturæ nihil mutant. Sic superiores exceptiones si obiiciantur, iudicium informant, & progressum rei gerendæ præstant. Verum omissæ nihil mutant de substantia debiti. Quod enim prius vere debebatur, semper verum est etiam nunc deberi, quanvis omissis illis exceptionibus.

XIX. Exigimus tantum, ut fideiussor solvat pro debitore obligato, non repetiturus, si pro eo, qui exceptione propria tutus non debebat. Proinde si pro eo qui vere obligatus erat, solvit, quanvis ex persona sua aliquam exceptionem haberet qua se tueri posset, nihilominus hac omissa solutum repetet. Hoc Ulpianus definit generaliter in *L. idemque, 10. §. pen. D. mand.* confirmat autem specialiter in eo fideiussore, qui cum solus tempore liberatus esset, tamen solvit creditori; quem ait recte mandati habere actionem adversus eum, in *d. L. si fideiussor, 29. §. ult. eod.* Finge hoc modo: fideiussor, qui ex stipulatione centum annua debebat. (Quæ obligatio & pura & perpetua est, *§. at si ita, Inst. de verb. obl.*) fideiussit in quinque annos. Post quinquennium nihilominus iure summo obligatus manet, quia obligatio tempore non finitur. Habet tamen pacti, vel doli mali exceptionem, qua effectu liberatur. *L. obligationum fere, vers. placet. D. de oblig. & act.* Dicimus, si in proposito liberatus tempore fideiussor, nempe post quinquennium, nihilominus perseverarit pro debitore solvere, repetitionem eum habiturum mandati contrario iudicio. Sed in hac specie consistendum non est. Idem dicemus, quæcumque alia erit 8 exceptio fideiussoris propria, qua contempta nihilominus solverit, Puta, si moratoriam præscri-

7) Rad. Fornet. 4. *Rer. Quotid.* 19. scribit omnes falli qui de apicibus iuris putant esse quæ de rebus arduis & subtilibus. Et esse spinosam disputationem, qua res ad vivum resecetur, maiore summi iuris, quam æqui & boni habita ratione. Sed significari id quod de rebus contemnendis ac levibus, de quibus contendere hominis pervicacis. Cuius generis exceptiones Procuratoriæ, quæ differunt tantum, non caussam perimunt. Hoc esse in *d. §. 4. non congruit de apicibus disputare*, id est, non decet inanes dilationes & perfugia quærere. Alias apex tenuissimum punctum in scriptura. Atqui & apex fastigium rei significat Marius Nizol. *in Thesauro Ciceron.* Unde apex senectutis auctoritas, Cic. *de Senect. Sect.* 60. Et Ioan. Episc. Rom. *in L. 8. C. de S. S. Eccl.* Serenitatis vestræ *apices* suscepimus, certe non contemptim loquens. Sicuti & *συλλαβαί* significant rescripta, Carol. Labæ. *in Obs. Synosp. Basil. Lib.* 60. *Tit. de Calumniatoribus* C. 37. Et ita sacri apices pro litteris Imperatoriis, in *L. 6. §. ult. C. de advoc.* 2. *L.* 3 *in fin pr. C. Ubi senat. vel. clar. L. ven. in fi. C. de emancip.* Quin imo non est contra bonæ fidei opponere exceptionem procuratoriam quasi ea sit inane dilationum dispendium. Potest quippe quandoque maxime esse necessaria. Quid enim si falso Procuratori solverit fideiussor. Utique nulla illi mandati actio, quia debitorem non liberavit, sed tantum repetitio ab eo cui solvit. *L.* 26. *§. 5. h. t.* Sed hoc bonæ fidei non congruit reum principalem qui vere liberatus, eo casu quo verus fuit Procurator, qui egit, nec tamen mandatum Procuratorium exhibuit, repellere fideiussorem, mandati agentem, ob non obiectam Procuratori exceptionem litis extrahendæ ergo Atque ita malo quam cum Pacio 4. *Q.* 92. *d. §.* 4. restringere ad eam exceptionem, qua negatur idoneus esse Procurator ex. gr. miles, fœmina, quasi aliud sit in ea, qua negatur ipsi mandatum esse.

8) Item exc. SC. Vellei *L. pen. ad Vellei* Nec igitur distinguitur inter exceptionem honestam & inhonestam. Hæc enim uti & prior imo sunt honestæ. Nec obstat *d. L.* 10. *§ pen.* Resp. enim ex verbis qua reus uti non potuit; vid. Donel. *ad L.* 10. *C. h. n.* 64. *& seqq.* Distinctio hæc est. Ea persona sua quam habet fideiussor potest non obiicere quæcunque sit. Quod si eandem & reus habeat, tum si inhonesta, impune omittitur, ut moratoriæ exceptiones contra ius tributæ *L. 2. C. de prec. imp. off.* Item Iurisiurandi, si iuravit reus se nihil debere ex testamento, deinde id emisit. Facit *Quintus* 48. *in fin. h. t.* Alter Cuiac. 11. *Obs.* 40.

scriptionem impetrarit a principe; aut si pactus sit cum creditore, ne a se peteretur, *d. L. idemque §. pen.* Non obiicietur hic dolus fideiussori, quasi contra bonam fidem solverit, quod poterat non solvere. Quod ubi fit, non potest sumptus a se factos repetere; ut qui per omnia in mandato bonam fidem præstare debeat. *L. si quis alicui*, 27. *§. impendia. L. qui mutuam*, 56. in fin. *L. idemque*, 10. in princ. *D. mand.* Omnia enim potius hic fideiussor facit ex bona fide & mandato. Nam mandatum ei erat, ut pro debitore obligato solveret. Nec quidquam magis ex bona fide & officio suscepto quæ in mandato exigitur, quam mandatum implere, *d. L. si quis alicui, §. qui mandatum, D. mandat.* Iam vero superioribus exceptionibus contemptis, quæ soli fideiussori competunt, si is solvat, nihilominus vere pro debitore, eoque obligatio solvit, eumque liberat. Quare hoc modo maxime fidem implet: qua impleta æquissimum est & in hac specie mandati iudicio recipere eum, quod solvit. Hæc Ulpiani ratio est adversus superiorem obiectionem tacitam in *d. L. si fideiussor*, 29. *§. ult. mand.*

XX. Ne hoc quidem satis ad solutionem & satisfactionem, quam a fideiussore exigimus, præstare quid, & præstare pro reo obligato, nisi etiam ea præstatione debitorem liberet. *d. L. si fideiussor, §. ult.* Ductum, ut dixi, ex vi & significatione verbi. Est enim solutio liberationis primum & præcipuum genus, ut ubi nulla liberatio est, ibi nec ulla solutio possit intelligi. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. Potest autem priora facere fideiussor, ut tamen liberatio non sequatur. Quod ubi accidet, placet fideiussorem mandati actionem non habere. Veluti, si pro te hominem dare fideiussit, & alienum hominem stipulatori dedit. *L. Iulianus*, 47. *§. 1. D. mandat.* aut si tanquam procuratori creditoris solvit, qui vere procurator non fuit. *L. inter*, 26. *§. mandatu. eod.* Nam nec solvitur, nisi quod perfecte fit accipientis. *L. cum quis*, 38. *§. qui hominem, D. de solution.* nec invito aut ignorante creditore alii solvendo se quisquam aut alium liberat. *L. invito, C. de solution.*

XXI. Atque hæc tria ut dixi, unum solutionis verbum in se continet. Sed ne hæc quidem si intervenerint, satis est ad mandati actionem præstandam procuratori. Secundum accedere debere diximus, ut eo nomine pecunia ei absit. Unde illa quæstio in huius persona, quando fideiussori pecunia abesse intelligatur. *d. L. inter*, 26. *§. abesse. mand.* quæstio plane supervacua, nisi hoc ipsum ut absit, prius exigatur. Sumptum hoc ex eo, quod de hac præstatione supra posuimus, solum in ea id agi, ne quod damnum procurator ex mandato sentiat. *L. ex mandato*. 20. in princ. *D. mand.* non esse autem damnum, nisi cum quid abest, deminuiturve de patrimonio. *L. 3. D. de damn. inf.* Abesse pecunia fideiussori intelligitur, aut facto ipsius, aut extranei, aut creditoris.

XXII. Illi facto suo abesse intelligitur, cum aut solvit naturaliter depensa pecunia, aut tantumdem remisit vel creditori qui ei debebat, vel alii, quo creditori satisfieret. Proinde ex universo genere liberationum quatuor sunt fideiussoris facta, quibus cum se & debitorem liberarit, simul etiam ei intelligatur pecunia abesse: quorum etiam singulorum nomine propterea eum mandati actionem habere legimus. Solutio naturalis: *L. Lucius*, 38. in fin. *D. mand.* Obsignatio & depositio pecuniæ, cum non acciperetur oblata. *L. qui mutuam*, 56. *§. 1. D. eod.* Compensatio, cum creditor fideiussori tantumdem debet, eiusque compensatione fideiussor utitur, ut & creditorem a se, & se a fideiussore liberet. Nihil interest, utrum fideiussor nummos numeret creditori, an quos ab illo exigere poterat, eos illi remittat, eumque liberet. *d. L. inter, §. si is qui, mand.* Postremo delegatio, cum fideiussor aliquem debitorem suum delegat creditori. Quod genus ideo pro solutione nummorum est, quia & hic fideiussor debitum remittit debitori suo, quod remissum transfert in creditorem, cui se hic debitor novationis caussa obligat. Hæc species est. *d. L. inter, §. abesse, mand.* Et res dubitationem non habet, si debitor delegatus fuit solvendo. Recte enim dixeris abesse id fideiussori, quod ab illo consequi potuit, postquam ei remisit.

XXIII. At quid si debitor solvendo non fuit? dicemusne fideiussorem, qui hunc delegavit, statim agere posse mandati, quasi absit ei pecunia, quam ei debitori remisit? Nam quomodo abesse dicamus, quæ nulla fuit? nullam enim actionem habere videtur, cui propter inopiam debitoris inanis fuit actio. *L. nam is*, 6. *D. de dol.* Placuit tamen etiam huiusmodi debitore delegato, pecuniam videri abesse fideiussori, atque hinc mandati actionem illi nasci adversus debitorem. Hoc Paulus in *d. §. abesse*. Obiectioni superiori tacitæ sic occurrit. Est quidem adversus debito-

bitorem ipsum inanis actio, a quo propter inopiam consequi nihil possis. At idonea est actio, idoneus debitor creditori, cui solvitur, posteaquam is admisit debitorem.

XXIV. Facto extranei intelligitur pecunia abesse fideiussori, si quis nomine eius eadem contulerit in creditorem, quæ a fideiussore collata ei actionem parere diximus. Proinde si quis extraneus nomine fideiussoris solverit creditori, non solum fideiussorem liberat, ubi ad liberationem debitoris nihil interest, ipse solvat, an eius nomine alius: *Inst. quib. mod. toll. obl.* in princ. sed etiam quasi hæc ipsa pecunia ab illo profecta ei abesset, actionem mandati habet adversus debitorem. Usque adeo, ut quanvis extraneus hic hoc animo solverit, ut vellet donatum fideiussori, nihilominus placeat idem fideiussori tribuendum. *L. si vero*, 12. in pr. *D. mand.* At quomodo dicatur hoc casu abesse fideiussori pecunia, quæ nec unquam eius fuit, & est in ea caussa, ut nec unquam quidquam porro eius nomine fideiussori sit absfuturum? præsertim cum regula iuris tradatur, non videri rem amittere cuius propria non fuit. *L. non videtur rem*, *D. de reg. iur.* Id vero fit hoc modo. Qui creditori solvit nomine fideiussoris, sive repetendi animo faciat, sive donandi, videtur prius pecuniam dedisse fideiussori, tum deinde fideiussor acceptam dedisse creditori suo. Nam hic ordo futurus erat rei gerendæ, si ea naturaliter gereretur. Hoc sic explicatur in *L.* 3. *§. ult. D. de don. int. vir. & ux.* Ergo etsi extraneus, cum creditorem fideiussoris haberet debitorem suum, eum liberaverit, dum fideiussori donare vult, dicemus continuo fideiussorem agere posse ad eamdem quantitatem: quia nihil interest, utrum nummos solvat creditori, an eum liberet. *d. L. inter*, *§. si is qui*, *D. mand.*

XXV. Facto creditoris abesse pecunia fideiussori intelligitur, quocumque facto aut beneficio creditoris liberatus sit fideiussor, dum ne sit liberatus donandi tantum caussa. Huiusmodi facta sunt: hereditatis in fideiussorem translatio; dotis cum eo permutatio, acceptilatio.

XXVI. Transferre intelligitur hereditatem in fideiussorem creditor, quoties fideiussor ei succedit. Sive enim institutus est fideiussor ab eo heres, sive ab intestato heres exsistit, utrobique hereditatem voluntate & beneficio eius capere videtur. Nam & hoc casu videtur dedisse hereditatem, qui non ademit; quam adimere poterat alium heredem instituendo. *L.* 1. *§. pen. D. de leg.* 3. Hac successione liberatur confusione fideiussor tanquam solutione. Ideo simul & debitor. De quo postea suo loco. *L. Stichum*, *§. aditio*, *D. de solut.* Placet vero etiam eam liberationem in caussa esse, ut fideiussor heres factus statim habeat mandati actionem. *L. si ei*, 11. *D. mand.* Nempe ideo, quia putatur & hoc casu illi pecunia abesse. Et recte. Nam absque hac confusione futurum erat, ut pecunia creditori debita ad eum qui heres est, perveniret, quam ideo non habet, quia actio confusione illa & liberatione amissa est.

XXVII. Dotis permutatio est, cum mulier creditrix fideiussori suo nuptura fecit; ut pecuniam, quam ille ex fideiussoria caussa debebat, dotis nomine sibi haberet. Huius conventionis hæc vis est, ut sive mulier pecuniam ex fideiussione debitam acceptam fecerit dotis constituendæ caussa, sive sola conventio intervenerit permutandæ obligationis gratia, continuo liberetur fideiussor ex fideiussoria caussa, & pecuniam doti habere incipiat. *L. promittendo*, *§.* 1. *L. si ei nuptura*, *D. de iur. dot.* Sed & ex hac liberatione placet secutis nuptiis confestim eum mandati agere posse, quasi absit ei eo nomine pecunia: quippe quia iam nunc pro ea dote matrimonii onera sustineat. Hoc in *L. Iulianus*, 47. in pr. *D. mand.*

XXVIII. Acceptilationem 9 qua creditor fideiussori acceptum fecit, & ipsam maxime pro solutione esse & debitorem liberare constat. *§. item is*, *Inst. quib. mod. toll. obl.* Sed non omnis huiusmodi liberatio in fideiussorem collata ei tribuit mandati actionem, quia nec statim ex ea caussa illi pecunia abesse videtur. Interest, utrum creditor fideiussori acceptum ferat ea lege, ut fideiussor pro eo aliud præstet,

9) Quid igitur si creditor fassus sit se a fideiussore accepisse, nec aliunde solutio probari possit. Vulgo & hic actionem mandati dant, & probat Gomez. 2 *Resol.* 19. *n.* 13. Sed Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 28. *n.* 4. sic distinguit: Aut vere accepit & res expedita, aut non & vel fassus animo donandi fideiussori, & perinde habetur ac si solvisset per *d. L.* 10. *§. ult.* aut animo simulandi & nihil agitur, aut spe futuræ numerationis, & tum quia intra 30. dies confessio non nocet, interea mandati actio cessat, arg. *L.* 14. *§.* 2. *C. de non num. pec.* aut per errorem, & si confessio non nocet vel revocari potest, mandati actio non datur, ita Vasquez, in quo præsupponit si donare fideiussori voluerit creditor, (etsi non remunerari) actionem mandati esse, quod noster per *L.* 12. *pr.* negat. Sane duriusculum videtur quod donatio uni facta, eiusque intuitu, non illi, sed alteri prodesse debeat. Quare haud scio an non rectius *d. L.* 12. *pr.* exaudiatur de eo qui fideiussori remisit actionem, ut etiam principalem reum obligatione liberet, quod id innuat vocula *principaliter*, id est, habita ratione obligationis principalis potius, quam personæ fideiussoris. In quo tamen nil assevero.

ſtet, an vero donandi cauſſa. Si ut fideiuſſor aliud præſtet, & iam nunc præſtat, tum illi videtur pecunia abeſſe, eoque & ſtatim mandati agere poterit, exemplo eius fideiuſſoris, cui quod ex fideiuſſoria cauſſa debebat, illi remiſsum eſt hac lege, ut doti haberet, & matrimonii onera ſuſtineret. *d. L. Iulianus, D. mand.* Si ei acceptolatum eſt donandi cauſsa, refert hic quoque, utrum remunerandi, an ſimpliciter donandi. Si ideo, quia fideiuſsorem remunerari voluit creditor, placet etiam hic habere eum mandati actionem. *L. idemque*, 10. *§. ult. mand.* nec iniuria; quaſi ſcilicet pro ea liberatione abſit fideiuſsori id beneficium, quod ante in creditorem contulit, cui etiam creditor voluit hanc liberationem expenſam ferri. Quo admiſso, recte infert Ulpianus multo magis idem probandum eſse, ſi mortis cauſsa accepto tuliſſet creditor fideiuſsori, aut ei liberationem legaſſet. *d. L. idemque* 10. in fin. *mand.* Nam præterquam quod eiuſmodi donationes & legata ob meritum eorum in quos conferuntur, accedere ſolent. *L. nec adiecit, D. pro ſoc.* hoc amplius etiam habent, quod ſunt ſupremæ voluntates, quæ præcipuo favore dignæ habentur. *L.* 1. *C. de ſacroſ. eccl. L. vel negare, D. quem. teſt. ap.* Quod ſi non remunerandi cauſſa, ſed ſimpliciter & principaliter donandi remiſit creditor fideiuſſori actionem, placet eum mandati adverſus debitorem non acturum. *L. ſi vero*, 12. *mand.* Contraria ſcilicet de cauſsa, quia etsi tum non minus & ipſe & debitor ea remiſſione liberatur, tamen hic fideiuſſori nihil abſuit antea eo nomine, neque nunc abeſt, ut qui nihil præſtet, neque vero etiam abſuturum eſt poſtea.

XXIX. Poſtremo ad repetitionem eius, quod ſolvit fideiuſsor, eſt hoc in officio eius, ut cum ſolverit, ſignificet debitori ſe ſolviſſe, ne forte is ignarus iterum ſolvat. Quod ſi illi non denuntietur, & ignarus iterum ſolverit, quod ſolvere eum non oportebat, placet fideiuſsori denegandam adverſus eum actionem, ne debitor damno afficiatur. *L. ſi fideiuſſor*, 29. *§. ſi cum debitor. D. mand.* Sumptum ex eo, quod de ſumptibus a procuratore factis ſupra poſuimus, ſumptus mandati exſequendi cauſsa factos ita repeti poſse, ſi etiam bona fide facti ſint. *L. ſi quis alieni*, 27. *§. impendia, L. qui mutuam*, 56. *§. ult. mand.* Aperte enim facit contra bonam fidem fideiuſsor, qui ſolutionis ſumptum facit, non monito debitore, ubi futurum ſit, ut propter eam ignorantiam ſolutio fideiuſsoris nihil ei proſit, & ipſe in damnum incidat. Ergo fideiuſsor hoc caſu, quod ſolvit, a debitore eodemque mandatore non exiget, ſed repetet a creditore indebiti condictione, quam reus ei cedere cogetur. *d. L. ſi fideiuſſor, §. ſi cum debitor*, in fin. *mand.* Fortaſse & condictione sine cauſsa: qua condici poteſt, quod vel ex non iuſta cauſsa ad aliquem pervenit, vel rediit ad non iuſtam cauſsam. *L.* 1. in fin. *D. de cond. ſi. cauſ.* Quale eſt, quod ſolutum eſt ei, qui poſtea idem accepit a debitore. Quo facto ſublata fuit cauſsa, propter quam fideiuſſor teneretur.

CAP.

C A P. XIV.

De actionibus Directa, & Contraria, non solum quæ ex mandato sint, sed etiam ex aliis omnibus contractibus.

Superiorum mandati præstationum obtinendarum caussa proditæ aptæ singulis actiones mandati directa, & contraria. I.

Cui directa, & cui rursus contraria. II.

Directa quid; & quare ita appellata. Directarum exempla. III.

Contraria quid; & quare cum adiuncto mandati *ita dicta. Contrariarum exempla.* IV.

Actiones hæ cur contrariæ *nuncupatæ.* V.

Quæ actionum mandati cum directæ tum contrariæ vis & effectus. VI.

I. HÆ sunt mandati præstationes tum a procuratore & mandatario in his quæ mandatori debet, tum a mandatore in iis, quæ contra præstare debet mandatario. Quorum obtinendarum caussa singulis suæ actiones accommodatæ propositæ sunt, directa mandati, & mandati contraria, ut initio diximus, §. *ex quibusdam, Inst. de pæ. tem. litig.*

II. Directa ei qui mandavit, quæ & absolute dicitur mandati per excellentiam, *L. si procuratorem*, 8. §. *mandati*, *D. mand.* Contraria ei qui mandatum susceperit. *L. si vero*, 12. §. *contrario*, *D. eod.* Hinc inscriptio Tituli *D.* & *C.* in hæc verba, *Mandati vel contra.* Cuius hæc significatio est. De actione mandati directa, quæ proprie dicitur mandati, & de ea mandati, quæ contra, seu ex adverso proposita est, id est de mandati contraria. Eademque significatio est illarum inscriptionum, *Commodati, vel contra*; *Depositi, vel contra*; *De pigneraticia actione, vel contra.* Quarum appellationum origo & ratio hæc est.

III. Directa mandati, commodati, & quæ cum similibus adiunctis negotiorum directa dicitur, quæ eadem opponitur contrariæ, est ea, quæ recta & principaliter agit de eo, cuius actio esse dicitur. Ut directa mandati actio est, quæ recta persequitur mandatum, ut impleatur; quod fit, aut non impleti mandati damnum persequendo, aut impleti emolumentum tanquam procuratori ad restitutionem commissum repetendo. Idemque certius licet agnoscere in commodato, deposito, pigneraticia; in quibus directa commodati dicitur quæ repetit id ipsum cuius actio esse dicitur, nempe commodatum; depositi, quæ repetit depositum; pigneraticia, quæ pignus datum. Quod quia fit recta, seu directa ad ipsum petitione, ideo & directa actio alias dicitur recta, & rectum iudicium, idem quod directum. Quomodo rectum iudicium opponitur directo in *L. in rebus*, in fin. *D. commod.*

IV. Nihil huiusmodi in contraria actione: ut merito opponatur directæ, quo & ipso directa esse negetur. Nunquam enim contraria persequitur id quod dicitur. Contraria mandati non persequitur mandatum, ubi is agit, qui nihil mandavit. Non contraria commodati commodatum; non depositi contraria depositum; in quibus ii agunt, qui nec commodarunt, nec deposuerunt: & vero id quod sibi abest, quod totum est extra has caussas, illi persequuntur. Et tamen quæ ex mandato contraria est, dicitur mandati, alias cum adiuncto, mandati contraria; §. *ex quibusdam*, *Inst. de pæn. tem. litig.* alias etiam simpliciter, ut intelligatur contraria. *L. idemque*, 10. §. *penult.* §. *ult. L. si vero*, 12. in pr. *L. si fideiussor.* 29. *L. si mandatu*, 45. & passim. *D. mand.* Eademque appellatio tribuitur cæteris contrariis, ut quæ ex commodato est, dicatur contraria commodati; quæ ex deposito contraria depositi; interdum absolute commodati, depositi. Idemque licet observare in cæteris. *d.* §. *ex quibusdam, de pæn. tem. litig.* Cur ergo mandati, commodati, depositi, quæ nihil horum persequitur? Quia etsi non est recta de mandato, commodato, deposito: est tamen de his per consequentiam. Persequitur enim contraria quod abest iis quidem qui non mandarunt, commodarunt, deposuerunt: sed tamen quod abest per caussam mandati, commodati, depositi: ut id, quod principaliter hic agitur, eo spectet, ut sit mandatum, commodatum, depositum: his autem admissis per consequentiam id agatur, ut qui hæc recepit, cum in his gerendis tractandisve bonam fidem præstiterit, tum si quid inde damni

damni fecit, præstetur indemnis. Unde & directa actio nonnunquam dicitur principalis in eo negotio, cuius nomine proponitur, & sub hac ipsa appellatione opponitur contrariæ. *L. in commodato*, §. 1. *D. commod.* Cur, nisi ut intelligatur, contrariam mandati, & similes non principaliter de mandato, & similibus negotiis, sed per consequentiam induci?

V. Dicuntur autem hæ actiones, quæ per consequentiam ita competunt; contrariæ, quia directis initio propositis ita sunt constitutæ, ut directis essent ex adverso, & earum vim velut reprimerent tantumdem vice mutua exigendo. Ideo & de iis præstationibus, quas persequitur contraria actio, potest agi directo iudicio, ut salvæ habeantur iure pensationis *L. in rebus*, §. *ult. commod.* Idque est, quod dicitur ab Ulpiano in *L. furti*, §. *ult. D. de his qui not. inf.* in contrariis iudicils de calculo agi, qui fere in iudicio (intellige directo) solet dirimi. Calculus est, ratio & computatio eorum, quæ absunt iis, qui directa actione tenentur. Dicuntur autem hæc in directo iudicio dirimi, cum directe actioni opponitur ex hac caussa compensatio.

VI. Ut ad mandati actionem directam & contrariam redeam, harum actionum in mandato vis hæc est. Contraria nihil habet præter pecuniariam condemnationem eius, quod procuratori abest. Directa mandati non tantum pecuniæ, sed etiam existimationis periculum continet, ut verba sunt *L. in re, C. mand.* id est mandati directa actione non solum damnatur reus, in id quod interest mandatoris, in quo pecuniæ damnum est; sed etiam damnatus fit infamis, ex edicto de his qui notantur infamia. *L. 1. D. de his qui not. infam.* Quod tamen non in hac solum actione, sed etiam in cæteris, quæ eodem edicto pariter notantur, sic accipiemus, si ob dolum & perfidiam is, cum quo agitur, damnatus sit, non item si ob culpam. Hæc distinctio diserte scripta est in tutore ut suspecto remoto, & ob id damnato tutelæ, in *L. suspectus autem remotus. Instit. de susp. tut.* Nihil dubii esse debet, quin in cæteris actionibus directis eodem edicto notatis, in quibus propemodum minus delictum versatur, quam in tutelæ actione, multo citius hanc eamdem distinctionem adhiberi oporteat. Id quod etiam satis aperte significatur in *d. L. furti*, §. *ult. D. de his qui not. inf.* cum contrario iudicio damnatus ideo dicitur non esse infamis, quia in contrariis iudiciis de perfidia non agitur. Hoc enim hanc significationem habet, ut ubicunque de perfidia rei non agatur, ibi cesset infamia. Sed de toto genere infamiæ eiusque caussis dicetur postea in iudiciis suo loco.

CAP. XV.

De societate. Quid sit: Duplicem esse; quandam rerum, alteram vitæ, in qua sunt nuptiæ. Rerum societas quæ, & quomodo contrahatur.

Societas quid. Duplex illa, & quæ. I.
Quid societas rerum. Partes singulæ definitionis explicatæ. II. & seqq.
Mutua rerum communio ad societatem necessaria; & quid consequens. III.
Communionem sive corporalium utrinque rerum, aut secus; sive universitatis, aut partis bonorum esse societatem. IV.
Si tamen non casu habitu, sed tractatu prævio sit inita communio: & quando communionem efficit casus. V.
Qui societatis rerum finis. Triplex communio fini societatis contraria; & quæ. VI.
Quare lucri dumtaxat, non damni conferendi propositum societatem constituat. VII.
Nudo consensu contrahitur. VIII.
Interpretatio L. 4. *in princ.* D. pro soc. IX.

I. Societas est communio & coniunctio inter aliquos voluntate suscepta. Quod species huius generis indicabunt. Societas duplex: quædam rerum, quædam vitæ. Quæ rerum est, ea in usu iuris verbo generis appellatur simpliciter societas. Hæc enim sola intelligitur in iis Titulis, qui inscribuntur *pro socio*, seu *de societate*; cum in *D.* & *C.* tum in *Institutionibus*. Vitæ societas est ea, quam uno verbo nuptias & matrimonium appellamus.

II. Rerum societas, quæ specialiter ita vocatur, sic recte definiatur, plurium rerum,

rum, vel unius mutua [1] communio inter aliquos consensu suscepta lucri inde in commune faciendi gratia.

III. Societas communio est, seu coniunctio communionis caussa instituta. Unde communioni acquiri pro acquiri societati dictum in *L.* 3. §. 1. *D. pro soc.* Communio est mutua, cum inter duos utrinque quid in commune confertur. Et ita est societas istius omnis naturæ, ut nisi res inter aliquos invicem conferantur, nulla sit societas. Inde dictum donationis caussa societatem non contrahi. *L.* 5. in fin. *D. pro socio*. Scilicet quia donationis caussa contrahi intelligitur, cum placet alicui lucrum ex re sua factum alteri commune esse, ubi alter iste ad eam perceptionem neque ullam rem suam, neque operam conferat. Sic enim huic donator lucrum: quod argumentum est, ab eo in societatem nihil conferri. Atque hæc res est scilicet quæ societatem hic removet. Cum, ut dixi, nulla sit societas, ubi nulla intervenit rerum collatio, aut communicatio mutua.

IV. Sane quæ res invicem conferantur inter aliquos, corporalesne utrinque; an illinc res, hinc opera; an vero etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam nihil interest. Nam & inter duos artifices societas ita coiri potest, ut quod ex suis operis artificialibus quæstus fecerint, inter eos sit commune. *L. si non fuerint*, 29. *L. duo*, 71. *D. pro soc.* Ne illud quidem ad societatem ineundam refert, quantarum rerum communio instituatur. Nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum potest & negotiationis alicuius, quæ multas res partesque contineat. Sed potest & unius rei: veluti si res inter aliquos communis, consensu eorum exerceatur ad quæstum faciendum. *L.* 5. in princ. *L. verum*, 63. *D. pro soc.*

V. Non omnis rerum communio societas est. Si qui casu in communionem inciderint, hæc non est societas; veluti, si duobus eadem res [2] legata sit; si duo pluresve heredes facti, inter quos res hereditariæ sunt communes ipso iure; si res a duobus simul empta simpliciter, nihil ut aperte convenerit inter eos de societate ineunda. *L. ut sit pro socio*, 31. & aliquot. seq. *D. pro soc.* Tunc rerum communio societas est. Cum omnino inter aliquos consensu, & ut loquitur Ulpianus, tractatu habito inita est. *d. L. ut sit pro socio*, in pr. & *L. nam cum. seq. pro soc.* Unde a Papiniano societas dicitur consortium voluntarium. *L. cum duobus*, 52. §. *idem Papinianus*, *D. eod.* Atque in hoc numero rerum habetur ab Ulpiano res quæ a duobus pariter empta est in *L.* 2. *D. com. divid.* cum tamen idem huic emptioni societatem detrahat in *d. L. ut sit*, 31. *pro soc.* Sed quod ait in *d. L.* 2. *com. div.* in hac emptione rem cum societate communem esse, ipso auctore sic ex alio eius loco interpretandum est, si [3] tractatu de societate habito res empta sit. *d. L. nam cum*, 32. *pro soc.* Ut intelligamus in hac emptione tunc societatem non esse, cum hic tractatus nominatim non intervenit, re scillcet simpliciter a duobus pariter empta.

VI. Nondum satis ad societatem. Finem susceptæ communionis hunc esse oportet, ut inde lucrum fiat in commune. Tribus autem modis contingere potest, ut res voluntate duorum communicentur, neque tamen communio hunc finem habeat. Ac totidem modis accidit ne societas. Uno, si materiæ dominorum voluntate eorum confusæ sint, ut massa una fieret. Fit hic quidem massa communis: sed quia non eo, ut inde lucrum fiat, non ideo ea communione contrahitur ulla societas. §. *si duorum*, *Inst. de rer. divis.* Altero modo, si, ut modo dixi, res a duobus simpliciter empta sit simul. *d. L. ut sit*. 31. *mand.* Tertio, si ita quidem sint res communicatæ inter aliquos, ut lucrum inde fiat: non tamen ut sit commune inter socios, sed damnum dumtaxat. Quomodo societatem coiri non posse placet, eaque est, quam Cellus societatem leoninam solebat appellare, ut est in *d. L. si non fuerint*, 29. §. *ult. pro soc.* sumptum a fabula de leone, asino, & vulpe.

VII. Cur non adiicimus, & damni communicandi: cum constet in societate ut lucrum,

1) Sed Cuiac. *in Par. C. h. t.* Societatem non esse communionem, ast per eam induci communicationem lucri ac damni. Ipse loco generis ponit conventionem, ut & Duar. *h. t. C.* 1. Mozz. *de Societ. C.* 1. *n.* 4. Sed id genus remotius. Vult. *in pr. l. h. n.* 1. definit contractum ex consensu initum de fortunis & operis, ad uberiorem quæstum, usumque commodiorem inter se communicandis.

2) Quam DD. vocant societatem incidentem P. Nicol. Mozz. *de Societ. C.* 2. *de Divis. n.* 8. quia in communionem incidunt, quos non voluntas, sed fortuna iungit *L.* 31. *h. t.* Dicitur & voluntaria societas alio sensu in *L.* 63. §. 8. *h. t.* ut opponatur non incidenti huic, sed societati vectigalium, quæ ad heredes insit, & voluntaria fuit cum defuncto, necessaria cum herede, vid. Cuiac. 10. *Obs.* 25.

3) Sed quando res a duobus simpliciter empta vel condicta eo ipso societatem contrahi, per *d. L.* 2. & per *L.* 2. *C. h. t.* vult Baptista de Hieronymis *Cons.* 2. *subiecto Tract.* Mozzii *de Societ. n.* 34. Sane in *dd. LL.* nulla specialis conventionis mentio, quam utrobique subaudire divinatio est. Probabilius *d. L.* 31. ex verbis *non affectione societatis incidimus*, accipietur, quando aperte apparet de alia simul contrahentium intentione.

lucrum, ita & damnum communicari solere ex *ead. L. si non fuerint?* id facimus duabus de caussis. Primum quod proposito contrahentium nunquam societas contrahitur inter aliquos alio animo, quam lucri faciendi. Qui si scirent damnum aliquod ex ea re certo futurum, nunquam societatem inirent. Deinde, quæ præcipua & certa ratio est, quia communicatio damni ad substantiam societatis non pertinet: at pertinet lucri communicatio. Nulla est enim societas, nisi quæ ita coita est, ut lucrum inter socios dividatur, ut diximus. At potest ita coiri, ut lucrum tantum sit commune, nullam autem partem damni alter ex sociis sentiat; quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut iustum sit eos illa conditione in societatem admitti, *d. L. si non fuerint, pro soc. §. de illa, Inst. de soc.* Cur ergo partes damni æquæ, cum de his nihil convenit? *d. L. si non fuerint.* Per consequentiam lucri id fit, non principaliter. Quia damna lucro sunt adiuncta, ut in huius contractus obligatione postea dicetur.

VIII. Cum de hac communione inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta est. Nec exspectamus, ut quidquam rerum conferatur, aut operæ, quo ex re secuta nascatur obligatio. Solo denique consensu societas contrahitur. *Inst. de obl. ex cons.* Ideo non diximus simpliciter societatem esse communionem rerum, sed communionem consensu susceptam, ut intelligeremus eam, de qua convenit ut esset, sive iam nunc rebus collatis in præsentia, sive postea, dum id agitur, ut res postea conferantur, cum res postulabit.

IX. Quid est igitur, quod dicit Paulus in *L. 4. D. pro soc.* societatem coire nos posse & re, & verbis, & per nuntium? Videri enim potest his verbis hoc dicere aliis modis societatem contrahi, quam consensu. Immo magis his verbis hoc ipsum exprimere voluit societatem contrahi consensu. Significat enim ita consensu contrahi, ut nihil intersit, quomodo hic consensus declaretur. Itaque contrahi non solum aperta conventione, quæ verbis exprimatur; sed etiam [4] tacita, quæ sine verbis re aliqua & facto declaretur. Id enim res significat, cum a verbis distinguitur, ut idem Paulus aperte probat, cum ita definit, hereditatem recusari, non solum verbis, sed etiam re, & alio quovis indicio voluntatis. *L. recusari, 95. D. de acq. her.* Neque aliter idem Paulus verbum rei usurpat in *L. 2. D. de pact.* Addit Paulus & per nuntium coiri societatem, ut declaret nihil interesse, utrum inter præsentes res geratur consensu, an vero inter absentes, per [5] nuntium scilicet, aut epistolam. Alias re contrahi obligatio, seu contractus re fieri dicitur, cum rem aliquam ad consensum accedere oportet prius, quam contrahatur obligatio, ut in mutuo, commodato, & similibus. *Inst. quib. mod. re contrah. obl. L. 1. §. 1. D. de pact.* Sed hoc tunc fit, cum verbum rei ab omni consensu nudo distinguitur, ut cum dicitur obligatio contrahi aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu. *§. ult. Inst. de obl.* Sic enim intelligimus esse aliquam obligationem, ad quam contrahendam rei alicuius interventus desideretur præter consensum. Non sic rem accipi a Paulo in *d. L. 4. pro soc.* ex eo intelligi potest, quod non dicit societatem [6] re contrahi, sed contrahi posse. Significat enim his verbis rem non esse necessariam ad contrahendam societatem. Quod contra fit, cum dicitur obligatio re contrahi: ubi rem ad consensum accedere oportet. Unde in contractibus eius generis dicitur obligatio non contrahi posse re, sed absolute re contrahi. Quæremus igitur, quo facto & indicio voluntatis intelligatur contrahi societas sine verbis. Dicemus id ita fieri, si qui quid simul [7] negotiati sint

nullo

4) Omnium quoque bonorum societatem tacite contrahi si ex factis de consensu appareat, Fachin. 12. *Contr.* 14. contra Menoch. *Vol.* 1. *Cons.* 12. *n.* 10. citante Treutl. *P.* 1. *Disp.* 27. *Lib.* 8. *lit. F.* Arumæ. *ex instin.* 15. *Th.* 1. quia tum simpliciter contracta. Ergo per ea quæ C. *seqq.*

5) Sub conditione *L. pen. C. h.* licet de eo apud veteres (quosdam scilicet Paulus enim de eo non dubitavit *L. 1. pr. D. h* nec Celsus *L.* 75. *h.*) dubitatum. Exinde quia societati mancipatio inest conditionem non recipiet *L.* 77. *de R. I.* Fingitur enim ea intervenisse ad id ut bona communicentur, Cuiac. *Par. C. h.* Vult. *in pr. I. h. t. n.* 10. *& seq.* ubi reprobat rationem dubitandi Gab. Mudæi *ad L. 1. h. n.* 2. quod societas, ius fraternitatis, certo animi iudicio iniri debeat; Conditio vero omnia faciat incerta. Quæ tamen ratio, meo iudicio, elegans nec aspernanda, late Menoch. 3. *Præsumpt.* 56. Don *in d. L. pen. n.* 1. dubium inde veteribus, quia videtur hic in potestate socii esse, an velit obligari. Pendente enim conditione poterit societati futuræ renunciari, cum & præsenti possit, quod in aliis contractibus non evenit. Ratio vero decidendi. Non debet in debitoris voluntate esse, an velit debere, expresse scilicet. Tacite potest, ut si promittat 10. Si in Capitolium adscenderit. Nec vero in *d. L. 1. pr.* verba *vel sub conditione*, Tribonianus inseruit, ut Hot. 7. *Obs.* 7. alias eidem quoque tota *L. 75. h. t.* tribuenda foret.

6) Aliud est contractum re fieri, ubi necessitas interventus rei significatur, aliud re fieri posse, id est posse rem ad consensum accedere, vel ex re declarari consensum, Don. ad *Rub. C. Mand. n.* 2. Cuiac. *in Par. C. h.* Mozz. C. 1. *n.* 2.

7) Ex cohabitatione & communione negotiationis præsumitur inter fratres Mozz. *Col.* 4. *de natural. n.* 37. late Menoch. 3. *Præsumpt.* 56. Non vero exinde quod indivisam hereditatem paternam aliquandiu retinent, tacite contracta societas *L. 39. §. 3. Fam. erc. L. 52. §. 6. h. t.* ubi Goth. *in not.* Menoch. *Arb.* C. 127. *n.* 15. Vaud. 1. *Q.* 16. *&* 2. *Q.* 36. Arumæ. *ex instit.* 15. *Th.* 1.

nullo contractu de societate habito, deinde cum lucri aliquid fecissent, id inter se ita diviserunt, ut commune esse vellent. Qui fecerunt, quod erat consequens societati, idem etiam, quod antecedit, id est ipsam societatem admiserunt. Simile legimus de venditione quæ domino ignorante facta cum esset, ab eo ipso tacite probata existimatur ob id tantum, quod is pretium eius emptionis accepisset. *L. quidam*, 12. *D. de evict.*

C A P. XVI.

In societate rerum quæ lucri & damni communio fit inter socios: Quæ huius communionis partes; Tum in hac communione pro potestate iudicii *Pro socio*, quæ singulorum sociorum inter ipsos mutuæ præstationes.

Mutuas sociorum præstationes ex fino societatis æstimari. I.

Tractandarum rerum partitio & ordo. II.

Societatem contrahi aut omnium bonorum, aut unius certæ rei nominatim. III.

In illa venire in communionem bona omnia cum præsentia, tum futura, & undecunque quæsita. IV.

Nec corpora tantum, sed & actiones; & quid hæ, quoad communionem attinet, differunt a rebus corporalibus. V.

Bona, quæ coeuntium propria statim fino traditione fieri sociorum communia; secus quæsita post societatem; & quare. VI.

Maleficio quæsita non veniunt in communionem: quid si & hæc sponte collata; & quæ consectaria. VII.

Superiora *& ad eam, quæ est inter maritum & uxorem Gallorum moribus recepta, societatem pertinere*. VIII.

Societatem contractam simpliciter *esse rerum dumtaxat, quæ ex quæstu proveniunt: & quæ fiunt ex quæstu, & quæ extra eam caussam*. IX.

Item rerum esse quæ ex eo dumtaxat quæstu proveniunt, cuius nomine contracta societas. X.

Impensas in rem societatis factas, & damna propter societatem accepta ab uno ex sociis ad omnes spectare. Exempla utriusque generis. XI. XII.

Sed & illa venire in communionem, si res sit de societate bonorum, quæ extra caussam societatis ab uno sociorum impensa honeste, & nulla eius culpa amissa. XIII.

Filiæ ex alio etiam matrimonio susceptæ utut vel a marito, vel ab uxore debeatur dos iure societatis, ab utroque præstanda apud Gallos XIV.

At illud non item, quod ex his alter seu vir, seu uxor in honorem liberorum contulit; & vel maleficio perdidit, aut culpa. XV.

Lucri & damni partes æquandæ inter socios; secus standum esse conventis; & quatenus. XVI.

An, & quatenus societas iniri possit ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat, Servii sententia in L. 30. D. pro soc. *obscurior exponitur*. XVII.

Partibus inter socios distributis, an quidquid alter in socium ex impensa contulit, aut ex illius damno recepit; & illud eroganti liberationem præstet; & hoc in accipientis proprietatem cedat; & quatenus. XVIII.

Præstatio inter socios alia quæsitarum; quærendarum rerum alia. XIX.

Quæstarum rerum fructus, & obventio, & omnis caussa in commune conferenda. XX.

Item omne damnum dolo vel culpa illatum præstandum, & quæ culpa ex proprio facto præstanda. XXI.

Quærendarum rerum nomine quod quis non acquisivit dolo, vel negligentia, præstandum. XXII.

Item sociis de eo cavendum, quod ad eum ex caussa societatis spes est perventurum. XXIII.

Est etiam præstatio damnorum in societate cum præsentium, tum futurorum, & quomodo illa sarcienda, & futurorum nomine cavendum. XXIV.

I. Contracta societas habet ipsa suam obligationem, & in hac obligatione mutuas inter socios præstationes, ex ratione æqui & boni iure definitas. Ac

Ac tales hæ sunt, quales finis contractæ societatis exigere visus est. Ita & de his, deque omni parte societatis ex hoc fine iudicandum est.

II. Dixi supra societatem communionem esse susceptam inter aliquos lucri, ac propter lucrum damni inter ipsos communicandi gratia. Proinde omnis de societatis obligatione quæstio aut de rebus est & lucris, aut de damnis societatis communibus. De quibus ipsis ad efficiendam in his eam communicationem, quam in societate esse volumus, hæc tria ordine quæri necesse est. Primum quæ res & lucra, quæ item damna communia esse debeant inter socios. Deinde pro quibus partibus. Postremo quæ in hac communione mutuæ illæ sint sociorum pro potestate iudicii præstationes. Et lucra ac commoda itemque damna inter socios communia debent esse ea, quæ ad caussam & rationem societatis pertinent, seu quæ ex societate contracta pendent. Quod hinc non pendet, sive damnum, sive lucrum, in communionem societatis non venit. *L. cum duobus*, 52. §. *cum duo. L. pro socio*. 38. *L. sed nec*, 12. *D. pro soc.* Quæ lucra ad societatis caussam pertineant, seu quæ inde pendeant, ex genere societatis contractæ æstimandum est.

III. Contrahitur omnis [1] societas, aut nominatim & specialiter omnium bonorum; aut simpliciter, aut nominatim unius rei, puta certæ alicuius negotiationis, aut artificii, aut fundi in commune empti. Ut in his generibus non una & eadem conventio est: ita diversa in singulis conventio aliam atque aliam communionem inducit. Sententia cum verborum, tum contrahentium ita exigente.

IV. Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, apparet conventionem id efficere, ut omnia bona in societatem & communionem veniant, tam præsentia, quam futura. Et venire placuit, nec interest, unde ea aut qua ratione sint quæsita: utrum opera sociorum, an vero alieno beneficio, an etiam ob alienum delictum obtigerint. Opera sociorum; veluti si quid ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis. De quo minus dubitationis est, cum & ex aliis societatibus hæc eadem in societatis rationem veniant. *L. coire*, 7. & seqq. *D. pro soc.* Alieno beneficio; veluti hereditates, legata, donationes in socios collatæ. Ob alienum delictum; veluti si quid socius ob iniuriam sibi suisque factam, aut damnum sibi vel filii corpori datum consecutus sit. *L.* 1. §. 1. *L.* 3. §. 1. *L. cum duobus*, 52. §. *pen. L. si societatem*, 73. in princip. *D. eod.*

V. Et quæ in nominibus sunt, id est actiones & persecutiones omnes sociorum, in eadem caussa habentur, *d. L.* 3. in princ. Quæ omnia recte responsa sunt a veteribus ex vi & significatione verbi. Nam bonorum appellatione omnia ad ius nostrum pertinentia, non tantum corpora, sed & actiones & persecutiones continentur. *L. bonorum*, *D. de verb. sign.* Nec tantum ea, quæ nunc sunt; sed & ea quæ postea futura sunt. *L. ult. C. quæ res pign. oblig. pos.* Tantum in hac rerum & bonorum communicatione hoc inter corpora, & actiones interest, quod corpora, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur. Ea vero quæ sunt in nominibus, seu actiones, manent in suo statu: sed actiones invicem præstare, id est cedere debent, ut traditur in *d. L.* 1. in fin. L. 3. in princ. *pro socio*. Ac sine cessione, non possunt quæ actiones unius fuerunt, ab aliis exerceri. *L. possessio*, 49. §. *ult. D. de acquir. possess.* Id facit actionum in personam natura: quæ ita cuique constitutæ sunt, ut tribuantur certæ personæ, nec personam egrediantur. Utputa actio ex empto datur emptori, ex vendito venditori, nec alii cuiquam præterea. Finge ergo eum, cui aliquid ex empto aut vendito debebatur, societatem omnium bonorum cum aliquo contraxisse. Ius non patitur, ut hæc actio fiat socio communis. Quoniam [2] socius non est is, qui emit, aut vendidit. Sed cessa exerceri potest ab eo, cui cessa est: verum ex persona tantum eius, qui mandavit, socio procuratore in rem suam constituto. *L. ult. C. quando fisc. vel privat. L. qui stipendia, C. de procur. L. emptor, C. de hered. vel act. vend.* Quod tamen totum de directis actionibus, & quæ creditori socio competebant suo nomine, intelligendum est. Nam utiles non dubito, quin socius possit suo nomine exercere, quanvis non mandatis & cessis a creditore socio actionibus; ut fit, quoties ex aliis iustis caussis placet inter aliquos, ut nomen quod est unius, transferatur ad alte-

1) Varias & perplures divisiones recenset Mozz. *de Societ.* C. 2. *de Divisione*.

2) Quia debitori invito alius creditor obtrudi nequit, Vult. *pr. l. b. t. n.* 13. Conn. 7. *Comm.* 13. *n.* 8. Licet, ait, quo ad socios, nominum & actionum societas consistat: quoad debitores tamen nihil de statu & conditione obligationum mutatum est, qui nec dum mutarunt debitorem, nec igitur ab alio conveniri possunt, donec cessæ sint actiones. Quia nec formulæ actionum, & iudiciorum id patiuntur, Duar. *h. t. C.* 1. Aliter Goth. *in d. L.* 3. *pr.*

alterum, puta nomine vendito, in solutum dato, aut legato. *L. emptor*, *L. ex nominis*, *C. de her. vel act. vend. L. ult. C. quand. fisc. vel pr. L. ex legato*, *C. de leg.* de quo postea suo loco dicetur.

VI. Sed & in communicatione corporum, quam in hac societate omnium bonorum inesse volumus, hoc interest inter bona, quæ coeuntium sunt, & ea, quæ postea acquiruntur, quod quæ coeuntium sunt, ut loquitur Paulus, continuo communicantur, *L.* 1. *§.* 1. *D. pro socio*. Intelligit autem ea, quæ tunc sunt sociorum, cum societatem coeunt. Et quod dicit continuo communicari, hoc sentit, continuo singulorum sociorum fieri propria pro parte sine alia traditione. Nec quisquam contrarium esse putet, quod traditio ad dominium transferendum iure exigitur. *L. traditionibus*, *C. de pact.* Nam & hic licet aperte traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire, ut subiicitur in *L.* 2. *D. eod.* Quasi scilicet socii in hac voluntate communicationis intelligantur, quod totum de suo possidebant, velle iam tum pro parte [3] nomine sociorum possidere. Porro qui alieno nomine possidet, constituit possessorem eum, cuius nomine possidet. *L. quod. meo.* in princip. *D. de acquirend. possess.* Ita hac voluntate quæritur possessio pro parte sociis: per possessionem autem semper dominium, ubi dominus est, qui possessionem hoc animo transtulit. *L. traditio*, *§. ult. D. de acq. rer. dom. §. ex his Inst. per quas pers. nob. acq.* At non item quæ postea acquiruntur, simul atque quæsita sunt, fiunt communia, sed eius solum, qui quæsivit: verum societatis iudicio cogitur, qui quæsivit, ea [4] communicare, ut est in *L. si quis societatem*, 74. *D. pro socio.* Unde in *L. si societatem*, *præced.* dicuntur ea quæ postea obvenerunt, in commune redigenda. Non rediguntur autem in commune, quæ iam ante sunt communia: uti nec potest nostrum amplius fieri, quod iam ante nostrum est. *§. sic itaque Inst. de act.* Differentiæ ratio est, quod postea quæsita, non possunt fieri aliorum sociorum, quibus ea tradita aut legata non sunt, nisi prius consistant in persona eius, qui acquisivit, ut sic deinde eius facta per eum transeant ad alios. At postquam ista eius esse cœperunt, nulla nova conventio intervenit de his postea transferendis, neque porro possessionis translatio sine conventione, aut traditione nova intelligitur. Horum utrumque contra intervenit in bonis quæ coeuntium fuerunt, cum postquam hæc singulorum essent, sequitur inter eos societatis coitio, ac per societatem communicandi ea, quæ habent, voluntas.

VII. Illa plane ne in societatem quidem omnium bonorum veniunt, quæ ex prohibitis caussis ad quemque sociorum pervenerunt; puta furto, vi, rapina, aut alio maleficio. Non solum quia rei turpis nulla societas est: *L. nec prætermittendum*, 57. *D. pro socio*, sed multo magis quia societas bonorum contracta est: maleficio autem quæsita non sunt in bonis eius, qui quæsivit, Non enim habet de ea persequenda actionem: id quod est proprium eorum, quæ sunt in bonis. *L. rem in bonis*, *D. de acq. rer. dom.* Si tamen hæc sponte in medium collata sint, non illa quidem erunt communia; non enim id ius patitur, cum nec communicantis locii fuerint: sed tamen lucrum si quod ex ea pecunia redactum erit, fiet commune. Nec si socius qui contulit, velit ea de societate recipere, aliter id facere poterit, quam si de his fuerit condemnatus. Quo casu id quod contulit, de communi aufert, interdum solum, interdum cum pœna quam ipse luit. Solum, si insciente socio in societatis rationem hoc contulerit. Quod si sciente, etiam socium pœnam agnoscere oportet. Quæ tamen ipsa cum de lucro illarum rerum, tum de pœna ex medio auferenda sic accipienda sunt si ab initio honestæ & licitæ rei societas coita sit, ac deinde per occasionem eius societatis aliquid maleficio partum in eam collatum. Cæterum si maleficii societas coita sit, placet rerum turpium nullam esse societatem. Hæc ad istam sententiam traduntur; in *L. cum duobus*, 52. *§. ult. cum LL.* 5. *seqq. D. pro soc.*

VIII. Huiusmodi societas omnium bonorum cum moribus fere totius Galliæ recepta sit inter [5] maritum & uxorem, nisi

 quid

3) Et ita per clausulam constituti, ut vulgo Gomez. 2. *Resol.* 5. *n.* 3. Tiraq. *de Iure const. possess. P.* 2. *ampl.* 32. *n.* 6.

4) Covar. 3. *Resol.* 19. *n.* 1. Quæ scilicet quæsita nomine proprio Tiraq. *d. loc. n* 8. Interim igitur socius eas res efficaciter alienat, tanquam suas, Don. ad Rub. *C. h. t. n.* 14.

5) Alibi tamen omnium omnino, alibi omnium mobilium & ex rebus soli stante matrimonio quæsitorum, de quo testantur, Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 20. *Gl. un. n.* 4. Baro. *in* §. 1. *I. h. t.* Duar. *ad h. t. C. Ne ux. pro marito*. Cuiac. 4. *ad Afric. in L.* 17. §. *ult. ad SC. Vell.* & in *C.* 1. 2. & 3. *C. de don. int. vir.* Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 2. *C.* 10. referens ea inter maritum & præmortuæ uxoris heredes, ac contra, dividi. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 13. Balduin. *ad LL. Romuli in L.* 13 Cont. *Subsec. Lect.* 19. *n.* 2. Renat. Chopp. *Lib.* 2. *de Privil. rust. P.* 2. *C.* 2. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 29. *in fin.* Quæ & in

quid dotali instrumento exceptum sit; intelligere debebimus superiora de hac quoque societate dicta esse. Nisi quod in his, quæ post contractum matrimonium alterutri coniugum quæsita sunt, dici potest hæc quoque inter eos continuo communia fieri, non expectata nova eorum communicatione: scilicet quia hic lex societatem & communionem aut inducit, aut ratam esse iubet. Cuius voluntate sola & imperio dominia transferri constat. Ut intelligere licet exemplo rei legatæ, cuius dominium recta transit a testatore ad legatarium, tantum ideo quod lex confirmat supremas voluntates, & quod quisque legassit, ita ius esse iubet. *L. a Titio, D. de furt. L. verbis, D. de verb. signif.*

IX. Alia caussa est societatis simpliciter contractæ. Sic appellatur in *L. coire, 7. D. pro socio*. Dicitur autem simpliciter contracta, in qua solum dicunt socii sibi placere, ut inter ipsos societas sit, nulla adiecta designatione rerum aut universorum, aut unius alicuius certæ, ex qua societas contraheretur. Hæc quia verbo generali societatis utitur, nec quidquam excipit, videbatur hoc exigere, ut omnium rerum, & bonorum societas contracta intelligeretur, *arg. in L. si servitus, D. de servit. urb. præd.* Sed sententia contrahentium aliter accepta est. Visum est enim, quia societas contrahitur lucri ex ea faciendi caussa, nisi quid fuerit distinctum, societatem ad hunc ipsum finem referri. Quamobrem & illud placuit societatem coitam videri universorum quidem, sed eorum solum quæ ex quæstu veniunt. Quæstum autem esse, si quid ex opera & negotiatione cuiusque socii acquiratur. Cuiusmodi sunt, quæ acquiruntur emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus & similibus commerciis. Extra hanc caussam esse [6] hereditates, legata, donationes, quæ cuique sociorum obtigerint. Et generaliter quidquid alieno beneficio aut ob alienam iniuriam accesserit. Hoc in *d. L. coire, 7. & LL. 6. seqq. D pro soc.*

X. Quod si societas unius alicuius rei nominatim contracta sit, hic duas ad res adstringitur societas; primum ut sit eorum tantum, quæ ex quæstu veniunt. Tum ut sit ex quæstu, qui ex ea caussa descendat. Quod ex alia caussa quæsitum est, constat id ad communionem non pertinere. *L. cum duobus, 52. §. cum duo, D. pro soc.*

XI. Ut lucra, ita non minus damna, quæ unus ex sociis passus est, aut in posterum metuit, in rationem societatis veniunt solum ea, quæ ad societatem pertinent, seu quæ ex societate pendent. *d. L. sed nec, 12. d. L. pro socio. 38. D. pro soc.* Itaque quæ huc pertineant, etiam hoc loco cognoscendum est. Et pertinent genera duo: impensæ in rem societatis ab uno ex sociis factæ; & damna aliunde propter societatem contingentia. Primum impensæ omnes in rem societatis ita factæ, ut his [7] melior societatis caussa fieret: veluti, si quid emit socius de suo nomine societatis, si agros communes coluit, si pavit armenta, si familiam ad societatis operas necessariam aluit. *d. L. pro socio, 38. §. ult. d. L. si unus, 67. in pr. & §. pen. pro soc.* Ex hoc genere impensæ est etiam omne æs alienum ab uno ex sociis contractum in communi negotio gerendo. Aut enim id de communi solvendum est, aut si ab uno solutum erit, is partem repetet a cæteris, sive manente adhuc societate, sive distracta solutum sit. Sed etsi nondum solutum sit, ipsa tamen summa, in quam se unus obligavit, in rationem societatis veniet, ut ea in commune agnita in commune dissolvatur. *L. omne, 27. L. sed nec æs, 12. d. L. si unus, 67.* in pr. *pro soc.*

XII. Alterum genus damni ad rationem societatis pertinens est eorum, quæ socio amissa in rem quidem societatis versa non sunt: sed tamen in re communi gerenda per caussam societatis ita amissa sunt, ut socius aliter non esset amissurus. Veluti, si negotiationis alicuius societate contracta, socius eius societatis nomine ad merces comparandas profectus cum rebus ad eam profectionem & coemptionem necessariis, inciderit in latrones, ubi & pecuniam & res suas amiserit, ipse aut servi eius vulnerati sint, in eamque curationem quid impenderit. In qua specie Iuliani sententia est, quæ & probatur, damnum commune esse, quia propter societatem, & in

& in ducatu Slesvicensi omnium bonorum P. Cypræ. *de Sponsal. C. 5. §. 14. n. 4 & §. 35. n. 5. & de Matrim. C. 8. n. 5.* Apud Brugenses commune est quicquid illatum, aut hereditate, quæstu, labore vel donatione partum. Curt. 1. *Consil. ad Viv. 1.* & in pleraque Belgica Busius *ad L. 3. §. 1. h. t. n. 2.* Apud Hispanos omnia stante matrimonio quæsita, Gomez. 2. *in L. Taur. 50. & 3 seqq.* Covar. *de Matrim. P. 2. C. 7. §. 1. n. 7. & seqq.* Alex. Rauden. *Decis. Pisana. 1. n. 2. & seqq.* Iniqua tamen & inæqualis ista consuetudo, præsertim si mulier pecuniæ non plus conferat quam maritus, Operæ enim, laborum & industriæ ut tantum conferat rarissimum est. Costal *ad L. 1. de don. inter vir.* leoninam eam vocans, & Sc. Gentil. *Lib. 1. de Don. int. vir. Cap. 15.*

6) Quæ titulo oneroso quæsita, non quæ lucrativo. Et si societas occasio sit donationis. Ut si quis ex caussa societatis Principem accessit, qui illum muneratus est, Gomez. 2. *Resol. 5. n. 4.*

7) Vid. Menoch. *de Arbitr. Casu 127.* P. Busius *in L. 67. §. 2. h. t. n. 4.* Io. Petr. Surd. *de Alim. Tit. 6. Q. 13.*

& in negotio communi gerendo id factum est. *L. cum duobus*, 52. §. *quidam*, *D. pro soc.* Negatur id in *L. socium*, 60. *D. eod.* sed mox hæc sententia corrigitur, rediturque ad sententiam superiorem Iuliani, nempe in *L. secundum*, proxime seq. *eod.* Sed ut damnum non solum propter societatem, sed etiam in negotio communi societatis gerendo contigerit, exigimus. Quod si quid contigerit extra caussam societatis, ideit dum negotium commune societatis non geritur; quantunvis evenerit per occasionem societatis, non tamen ex societate pendere videbitur, eoque nec cæteros socios attinget. Veluti, si quis cum socium instituere vellet, eum propter societatem ab eo contractam instituere desierit, aut quod legaturus erat, revocaverit. Apparet hæc quidem nata per occasionem societatis ab eo contractæ. Placet tamen nihil horum in medium venire, tanquam quæ sint extra caussam societatis. *d. L. socium*, 60. §. *ult. pro soc.* Merito: nihil enim in his susceptum est nomine societatis, propter quod hæc damna contingerent.

XIII. Atque hæc omnium societatum communia sunt. Est tam in lucris & commodis, quam in damnis quiddam proprium societatis omnium bonorum: quæ quia plus complectitur, eo & plura impendia ac damna facit communia inter socios. In quo hoc servatur, ut non tantum imputetur societati, quod socius in rem societatis impendit, aut propter societatem ei abest; sed etiam si quid extra caussam societatis suo nomine præstitit, quod quidem non culpa sua præstare necesse habuerit. Cuiusmodi est, quod is seorsim habitans, aut aliquo necessario vel honeste proficiscens ad se & familiam honeste alendam, impendit, aut in quod se eo nomine obligavit; cuiusmodi omne æs alienum iam ante societatem non turpiter contractum, quod is solvere coactus est. Quæ omnia dicimus exemplo eius socii omnium bonorum, qui quid ob iniuriarum actionem damnatus præstitit, cum iniuria iudicis damnatus esset. De quo scriptum est in *L. cum duobus*, 52. §. *ult. pro soc.* debere eum id damnum ex communi consequi. Et tamen id vere non debuit. Sed satis est, quod propter iudicati auctoritatem id præstare necesse habuit, idque sine ullo maleficio aut culpa sua. Sed ut maleficium, & culpa eius absit, exigimus. Cæterum si quid socius impenderit turpiter, aut ob maleficium suum, si quam obligationem ex prohibita caussa in se susceperit; non feret id damnum ex communi; sed solus id pati debet; veluti, si quid iniuriarum actione iure damnatus præstiterit; si quid in alea, aut adulterio perdiderit. *d. L. cum duobus*, in fin. *L. adeo*, 58. §. *ult. D. pro soc.* Nec minus idem placet, etsi quid socius omnium bonorum præstiterit, aut qua in re se obligarit, cui præstationi non turpitudo aut maleficium eius, sed culpa sola caussam dederit. Exemplo est is, qui cum in ius vocatus esset ex ea caussa, ex qua vere non debebat, ad iudicium non adfuit, eoque absens condemnatus est. Quem & ipsum placet non debere id de communi consequi. *d. L. cum duobus*, in fin. Scilicet quia culpa eius hoc damnum contigit, qui magis propter absentiam victus videtur, quamquam malam caussam haberet, ut est in *L. si ideo*, 55. *D. de evict.*

XIV. Quæ si in societate omnium bonorum de damnis & impendiis ab uno socio factis recte dicuntur: postquam eiusmodi societas moribus fere totius Galliæ contrahitur inter virum & uxorem, necesse est & huius partis ius superius ad eam societatem pertinere. Ex quo de his quæ subiicio, de quibus sæpe quæri solet, poterit facile, & sine errore iudicari. Maritus collocavit filiam, & dotem pro ea dedit, cum esset eius solius filia ex priore matrimonio suscepta. Quorum erit hoc onus dotis? mariti solius, an amborum commune? Dicemus [8] commune esse, ut marito quandoque mortuo huius erogationis partem uxor aut heredes eius agnoscere debeant. Quippe pater præstare necesse habuit. Cuius officium est collocare & dotare filiam, ad quod & iure civili cogitur. *L. capite*, *D. de rit. nupt.* Præstandi autem necessitas ex honestissima caussa pietatis, & dotis, quæ etiam reipublicæ præstari existimatur. *L. 1. D. sol. matr.* Quid si idem fecerit in filia sua uxor, quam constat in potestate filiam non habere, & iure civili non similiter cogi

8) Ita & noster ad *Rub. C. h. t. n.* 19. Menoch. *Cas.* 127. *n.* 3. hanc receptiorem vocans opinionem, Fachin. 8. *Contr.* 4. Bapt. de Hieronymis in *Cons. Tract.* Mozzii *de societ.* subiecto, ex quo ut & ex *Cons.* Manentis Costæ (qui diss.) itid. Mozz. *Tr.* subiecto, & ex ipso Mozz. *Col.* 4 *de Natu- rai. n.* 42. apparet rem hanc magna contentione apud DD. agitari, ut fere nesci tur quæ sententia sit comprobatior, cum quævis a sectatoribus vocetur communis. Ipse Mozz. partes septem modis componere tentat, præferens eam distinctionem, ut si dos parva & magnæ sociorum facultates, obtineat affirmativa; sin magna, contra: quod iudici definiendum relinquit. Quæ distinctio vix congruit. Quæstio enim est de dote ex necessitate præstita pro modo facultatum. Sed affirmativam omnino probat *L.* 73. §. 1. *h. t.*

cogi ad dotem dandam? *d. L. capite, de rit. nupt.* Nihilominus idem dicemus. Non debet mater dotem filiæ iure civili. At debet natura pietatis iure, & quidem ita, ut ex hac caussa si mater dotem filiæ nomine solverit, dum se obligatam putat, non repetat, tanquam debitam natura, *L. cum is, §. mulier, D. de cond. ind.* Natura qui debet, eum iure gentium dare oportet, ut est in *L. cum amplius, §. is natura, D. de reg. iur.* quod nihil aliud est, quam eum qui ita debet, officio honesti cogente, necesse habere præstare. In cæteris societatibus ad onus societatis non pertinet, dos quam socius pro filia promiserit aut dederit, nisi convenerit inter socios, ut de communi dos constitueretur, *L. si socius, 81. D. pro soc.*

XV. Quid, si maritus aut uxor in honorem liberorum aliquid contulerint, veluti ut honorificentius aut gratiosius inirent magistratum, aut lautior esset & splendidior apparatus nuptiarum? Quia non habuerunt necesse eos sumptus facere, dicemus unumquemque eos sumptus ferre de suo, non de communi sumere debere: nisi nominatim convenerit in societate contrahenda, ut quidquid erogaretur, [9] communis impendii esset. *L. si societatem, 73. §. 1. D. pro soc.* Quanto minus commune damnum erit inter maritum & uxorem, si quid unus ob maleficium suum perdiderit? Et ideo si maritus ob delictum damnatus erit, & pœnæ nomine certam summam fisco inferre iussus: mortuo eo, aut aliter soluto matrimonio, divisio bonorum inter mariti heredes, aut fiscum, & inter uxorem superstitem, uxorisve heredes ita instituí debebit, ut dividantur bona, quæ constante matrimonio fuerunt, non deducta illa pœna, quam maritus luere debet, Quo deinde eorum bonorum partem dimidiam ferat uxor integram, nec illa pœna imminutam, quando hoc damnum uxor sentire non cogitur. Altera autem pars sic attribuatur marito, successorive eius, ut ex ea parte pœna ab eo dependatur. Sic enim fiet, ut damnum, quod ex delicto mariti contigit, sit eius proprium, non commune.

XVI. Iam de partibus societatis, quæ sint in illa lucri & damni communione de qua diximus, videamus. Non enim semper inter socios æquæ partes servantur, nec omnis conventio de partibus inæqualibus rata est. Et explicatur hic locus in *L. si non fuerint, 29. L. Mucius, seq. D. pro soc. §. 1. Inst. de soc.* Summa autem hæc est. Si non fuerint partes conventioni adiectæ, [10] æquas inter socios servari. Si quid aliud de partibus placuerit, omnem in eo conventionem [11] esse servandam: quo spectat disputatio *§. 1. Inst. eod.* Unam exceptionem hanc esse, nisi societas ita coita sit, ut alter lucrum solus, alter damnum totum, aut partem damni sentiret. Hoc modo societatem contractam nullius esse momenti. Esse enim leoninam societatem, ut Cassium iam ante dixi solitum esse appellare. *d. L. si non fuerint, 29. §. ult. pro soc.* Idque sumptum ex apologo de leone, asino, & vulpe. Unde & proverbium natum [12] *Leonina societas.* De quo Erasmus in *Chil.* Sed etsi ita convenerit, ut unus partem lucri ferat, de damno non teneatur: placet quidem valere conventionem, sed ita demum, si tanti sit opera eius, qui de damno non tenetur, quanti damnum est: non aliter, *d. L. si non fuerint, 29. pro soc. §. 1. in fin. Inst. eod.*

XVII. De una specie etiam nunc ambigi potest, si societas ita coita sit, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat,

9) Imo & hæc Mozz. *C. 2. de Divis. n. 10. vers. quare infertur.* ubi & studioso filio unius socii ab omnibus sumptus subministrandos contendit, quod ipsum, & noster ad Rub *C. h. n. 18.* admittit, si ante contractum initum filius studiis destinatus, quia, ait, negocia libere inchoata, necessario perficiuntur. Adde quod eo casu sociis imputari possit, quare si de eo teneri noluerunt, sibi non aperte caverint. Est certe hæc natura universalis societatis, vel appellatione ipsa innuente, ut quæcunque tum lucra tum impendia sint communia. Ergo & quæ in honorem liberorum, honeste tamen & decenter, non profuse, non dolose ac in fraudem sociorum, (bonæ enim fidei ratio semper hic habenda) erogata. Forte etiam post initam societatem natorum, quia cogitare debuit hoc evenire posse. Et ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio, neuter læditur *L. 2. C. de inof.* Denique cum quando libitum, liberum sit discedere, permanendo, in præsentem conditionem soci, & quæ ei consequentia sunt, consentit. Nec obstat *d. L. 73. §. 1,* Semper enim in societate universarum fortunarum ea, saltem tacita, conventio, ut quicquid erogetur vel quæreretur, communis lucri atque impendii sit.

10) Servata tamen proportione Geometrica, Menoch. *Arb. Cas. 125.* habito respectu ad inæqualem sortis sive bonorum collationem, diss. Hopp. *L. 5 ἀνεκδότων p. 169. & seq.*

11) Et si ita ut partes æquales sint, cum res collatæ inæquales, Menoch. *d. C. 125. n. 6.* Sed Gomez. 2. *Res. 5. n. 5.* quando res collatæ æquales non valere pactum ut inæqualis fiat divisio, nisi unius opera vel industria maior, cum inter fratres servanda sit æqualitas Societas autem habet ius fraternitatis Non autem vitiare hoc pactum contractum, sed vitiari, tanquam substantiæ illius repugnans, arg *L. 14. pr. de precar.* Fluctuat hic Mozz. *Col. 5. de Accidental. n. 4.*

12) Quia socius quasi leo prædo ac devorator est. Sic Lactant. *Li. 4. inst. C. 20. Facta est mihi hereditas sicut leo.* Ræv. *ad L. 10. de R. I. circa fin.* Male autem & contra ipsa *d. § ult.* verba Gomez. 2. *Res. 5. n. 5.* hic non contractum societatis nullum esse, sed conventionem solam adiectam vitiari, re ad æqualitatem reducta. Probe autem infert nihil agi si quis crediderit nummos ea lege, ut ex illa mutuo accipiens negotietur, & si lucretur habeat partem lucri, sin damnum sentiat pecunia ipsi salva sit, de quo fusius Covar. 3. *Resol. 2. n. 3. & 4.*

ferat. Puta si Titius & Seius inter se ita pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Seium duæ partes damni, lucri tertia. De hac specie varie referri videtur Servii sententia. In §. 2. *Institut. de soc.* Sic refertur, quasi ille adversus Mucii sententiam senserit eam pactionem ratam esse: quæ & sententia illic dicitur obtinuisse. In *L. Mucius*, 30. *D. pro soc.* Contra scriptum est, Servium in notis Mucii dicere, nec posse societatem ita contrahi: quasi sententiam Mucii aperte confirmet, non reprehendat. Et tamen hoc idem de Servio in extremo eiusdem responsi negari videtur. Res sic habet, Ut eodem tempore aliam partem lucri, aliam damni socius ferat, neque fieri natura, neque conventione utiliter potest. Nunquam enim eodem tempore potest ex eadem societate simul esse damnum & lucrum: quoniam ut est in ea. *L. Mucius.* neque lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto: neque damnum, nisi omni deducto lucro. Quo fit, ut si deducto damno lucrum supersit, necesse sit solum hio lucrum esse quod non nisi illo deducto æstimatur: sin deducto lucro nihil supersit nisi damnum, iam appareat nihil hic esse, nisi damnum. Hoc modo si sensit Mucius non posse convenire, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat, recte sensit. Quod & Servius in notis affirmat. At ut diversis temporibus hæ partes damni & lucri fiant inter socios, hoc vero natura fieri posse Servius concedit, hoc modo: Convenit inter socios, ut unus duas partes lucri ferret, damni tertiam, alter contra. Natura hoc ita recte fit, si conventionem ita interpretamur, ut si deducto damno aliquid lucri superest, huius lucri duæ partes ad priorem pertineant, ad alterum tertia. Contra si deducto omni lucro nihil superest nisi damnum, huius damni unam partem prior ferat, alter duas. Hoc cum natura fieri possit, an item admittendum sit iure, quæsitum est. Etiam de hoc iure sensit Mucius, negavitque conventionem esse servandam, tanquam quæ sit contra naturam societatis. Hic vero dissensit Servius, & ratam conventionem esse habendam existimavit: eaque sententia est, quæ refertur in *d. L. Mucius, in extremo*. De eo autem effectu iuris cum solum ageretur in §. 2. *Inst. eod.* merito solum in hanc partem [13] Servii sententia relata est, ut qui in eo solum a Mucio dissenserit.

XVIII. Partibus societatis ita constitutis, facit hæc distributio, ut qui partem tantum debuit ei, qui quid impendit, non possit pro aliorum parte conveniri: & contra cui pars tantum debetur ab eo, qui damnum dedit, si partem ab eo exigat, is, eam partem propriam habeat, nec cogatur eam communicare aliis. Quod tamen ita est, si omnes sint solvendo. Quod si quidam non sint, recte placuit, & damnum in hac re & lucrum commune esse debere. Et ideo si cum tres socii essent, unus in rem communem quid impenderit puta triginta, & decem ab uno consequi non possit, placet quod ab eo servare non potest, hoc ad alterius tertii onus pertinere: non ut is teneatur pro altero, sed ut damnum quod is qui impendit, in hac parte patitur, sit commune iure societatis & communionis initæ. *L. si unus*, 67. in pr. *pro soc.* E converso si unus ex tribus damnum dederit rebus communibus, & ex duobus reliquis unus partem suam ab eo sit consecutus, deinde tertius cum eo agens partem consequi non possit, placet eum qui solidum consecutus est communicare debere hanc partem alteri, ut in hoc lucro sociorum portio exæquetur. *L. verum*, 63. §. *si cum tres*, *D. pro soc.*

XIX. Restat tertium, ut positis his rebus, quæ ad communionem pertinent pro partibus inter socios constitutis, deinceps quæ sit in hac communione obligatio sociorum, quæ inter eos præstationes mutuæ cognoscamus. Et de rebus ac lucris societatis alias præstationes postulant res iam [14] quæsitæ, alias acquirendæ.

XX. De quæsitis præstationum species duæ. Una, ut quidquid ex rebus ad societatis caussam pertinentibus ad unum ex sociis pervenit, id in commune conferat, pro partibus societatis dividendum. Cuiusmodi sunt hæc; si res ipsas communes apud se habeat; si fructus ex his rebus ceperit; si quod ei solutum sit æs alienum societatis. *L. pro socio*, 38. §. *ult. L. si unus*, 67. §. *si unus*, *D. pro soc.*

XXI. Altera est, ut si in his rebus quovis modo socius deteriorem fecerit caussam societatis, vel rem communem subtrahendo, vel celandi animo contrectando, vel damnum in ea re dando, id damnum omne farciat sociis: non utique actione furti, aut ex lege Aquilia, quasi hic nullæ aliæ actio-

13) Diss. Goth. *in not. d.* §. 2. emendando sententiam, invertens.

14) De fructibus rerum societatis, vid. Io. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 1.

actiones competant, sed & pro socio actione iure societatis. *L. rei communis*, 45. *cum LL.* 6. seq. *L. si fundus*, 39. *L. de illo*, 23. *D. pro soc.* In quo placet socios inter se dolum & culpam præstare debere. Sic enim definitur in *L. cum duobus*, 52. §. 1. *pro socio.* Sed quam culpam hic accipere debeamus, diligenter videndum est. Non enim omnem præstat socius indistincte. Et siquidem culpa in faciendo est, omnem eam socius socio præstat etiam levem idest omne factum suum, quo læsa sit societas, etiamsi consueta in suis rebus imperitia, & incuria peccarit. *L. & quidquid*, 21. *d. L. de illo*, 23. *eod.* Quod si culpa non in faciendo erit, sed in negligendo, ut peccer uno verbo negligentia, & desidia; sciamus etiam eum huius culpæ nomine teneri, quod quibusdam locis diserte traditur, ut *L. non ob eam*, 25. *L. & ideo*, *seq.* Sed id ita accipiendum, ut non maiorem diligentiam hic ab eo exigamus, quam quanta suis rebus adhibere solet, scilicet ut re per negligentiam aut desidiam eius amissa, non alterius negligentiæ nomine teneatur, quam latæ & dissolutæ, idest eius, quam non admitteret in suis rebus. *L. socius*, 72. *D. eod.* §. *ult. Inst. de soc.* Quod cur placeat in societate potius, quam in cæteris contractibus bonæ fidei, in quibus utriusque contrahentium utilitas versatur, ratio reddita est in *d. L. socius*, *pro soc.* & §§. *ult. de soc.* Illud tenendum est, si quid casu perierit, id socium non præstare, apud quem res erat. Usque adeo, ut placeat, ne sic quidem eum præstare, si res æstimatæ curandæ illi traditæ fuerint: tametsi adiiciatur eum hoc casu custodiam debere, ut quocumque modo res perierit, dum non fortuito casu, eo nomine sociis teneatur is, qui æstimatum accepit: veluti si res perierit furto. *L. cum duobus*, 52. §. *damna*, *D. pro soc.*

XXII. De acquirendis, quæ si quæsitæ essent, ad communionem societatis pertinerent, duæ item præstationum species. Una, si quid socius ex hoc genere rerum non acquisivit, dolo malo, aut negligentia, quod alioqui acquirere potuisset; id tanquam quæsitum præstet sociis pro ea parte, quæ ad illos ex societate redit. Veluti, si in societate omnium bonorum socio hereditas delata sit, aut legatum, & ille delatum repudiet. Vel non petita bonorum possessione negligentia sit exclusus: aut si in societate negotiationis certæ socius ad negotiationem exercendam adhibitus opportunitates rei bene gerendæ omiserit, solita lucra amiserit. *d. L. de illo*, 23. §. 1. *L. non ob eam*, 25. *L. & ideo*, *seq. pro soc.* Nec minus ad hanc partem pertinet, quod dicitur, socium socio desidiæ & negligentiæ nomine teneri. *d. L. socius*, 72. *pro soc. d.* §. *ult. Inst. de soc.* Non enim minus negligentia res delatæ amittuntur, quam quæsitæ pereunt.

XXIII. Altera species ad eas res pertinet, quæ nec quæsitæ sunt adhuc, neque adhuc acquiri possunt, sed spes est ad eum pervenire posse. De his hæc sociis obligatio est, ut si dum ea spes pendet, societas dissolvatur, caveat socius se quod ex ea causa ad se pervenerit, cæteris pro portione restituturum. Veluti, si quid ex ratione societatis ei promissum sit sub conditione, & pendente conditione dirimatur societas. Suntque hæ cautiones, quibus dicitur index pro socio prospicere debere sociis de futuro lucro pendente ex ea societate. *L. pro soc.* 38. in pr. *pro soc.* Nam & tales interponuntur de futuro damno, quod socius metuat ex eo, quod quid sub conditione promiserit, si pendente conditione societas dirimatur, ut mox dicetur. *L. omne*, 27. *eod.*

XXIV. De damnis, quæ [15] quisque socius ex societate passus est, aut pati potest, hæc societatis obligatio est, ut eum reliqui socii pro ea parte damni, quæ ad eos pertinet, indemnem præstare debeant. In quo ab his aliud præsentia damna & quæ iam contigerunt, aliud pendentia & futura exigunt. Præsentia & quæ anteceſſerunt, quæ quidem ad rationem societatis pertineant, reliqui sic agnoscere debent, ut pro portione sua farciant. *L. pro socio*, 38. §. *ult. L. cum duobus*, 52. §. *quidam*, *L. si unus*, 67. in princ. & §. *penult. D. pro socio.* De futuris & pendentibus quæ si incidissent, ad rationem societatis pertinerent, exigitur a reliquis cautio, dum societas dissolvitur, qua caveant, si quid damni contigerit postea, se in eo socium indemnem præstaturos: cuiusmodi est, si quid socius sub conditione se obligarit rem societatis gerens, & interim dirimatur societas. *L. omne*, 27. in fin. *d. L. si unus*, 67. in princip. *pro socio.* Suntque hæ cautiones quæ hic iti-

15) Computatio damni ut facienda inter socios, si unus pecuniam, alter operam contulerit, & num damnum sortis amissæ pertineat pro rata ad eum qui operam contulit (quod negatur si tanti opera, quanti damnum) vid. Sich. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 5. Covar. 3. *Resol.* 2. *n.* 2. Fr. Munnoz. de Escobar. *Variar. computat. Cap.* 22. Arumæ. *Ex. Iustin.* 15. *Th.* 2.

itidem ut in lucris, dicuntur in hoc iudicio de damno ex societate pendente arbitrio iudicis interponi debere. *d. L. pro socio*, 38. *pro socio*.

C A P. XVII.

Inter socios unam esse actionem, & eam utrinque directam, Pro socio; & cur dissimiliter duæ in cæteris contractibus superioribus. Quæ propria huius actionis, & quam multis rebus differat ab actione, Communi dividundo, etiam tum, cum hac agitur de rebus ex societate communibus, aut de præstationibus personalibus.

Quare prodita actio pro socio; & cur una pro omnibus, & illa directa. I.
Actionum pro socio & Communi dividundo *differentia triplex*. II.
In rebus. III.
In petitione. IV.
In iudicii potestate atque exitu. V.
De personis, quæ quatenus facere possunt condemnantur, qui aptus dicendi locus. Et quid hic etiam animadversione dignum in socio. VI.

I. Rerum superiorum obtinendarum caussa constituta est sociis actio, quæ dicitur pro socio. *§. ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. litig.* *L. ut sit*, 31. *D. pro soc.* Unde in hoc genere contractus variæ inscriptiones Titulorum huius argumenti; a contractu, *De societate* in *Institutionibus*; ab actione, Titulus *Pro socio. D.* & *C.* Hæc actio istarum rerum nomine una est, eademque a quibuscumque sociis invicem exerceatur, directa, *d. §. ex quibusdam, de pœn. tem. litig.* Aliter, atque in superioribus contractibus, in quibus duæ sunt actiones mutuæ inter contrahentes constitutæ. Quod fit uniuscuiusque contractus natura ita exigente. Nam in superioribus illis, emptione, venditione, locatione, conductione, diversæ personæ sunt contrahentium, diversæ partes, & præstationes. Alius est enim venditor, alius emptor, alius locator, & alius conductor, neque idem singuli præstant. Hinc actiones cuique personæ convenientes attributæ; emptori ex empto, venditori ex vendito; locatori ex locato, conductori ex conducto. Idem licet observare in mandato & similibus, in quibus una actio directa dicitur, altera contraria, de quibus paulo ante a me dictum est. At in societate omnium sociorum una persona est, officium & obligatio eadem. Omnes enim pariter socii, & quod præstant, præstant omnes uno communi iure societatis. Atque ut hæc actio una est ab utraque parte sociorum de superioribus præstationibus; ita & sola, nec de his alia est actio.

II. Quid proprium habeat, quando habet pleraque, operæ pretium est cognoscere: vel eo magis quod actio Communi dividundo etiam de rebus communibus competit, quanvis ex societate sint communes. *L. 2. D. com. divid.* Habet insuper & præstationes personales. *L. 1. D. eod.* Quorum utroque facile fieri potest, ut similitudine decepti alteram pro altera accipiamus. Id autem ita vitari potest; si cognoverimus quæ sint utriusque actionis propria. Quæ ideo subiiciemus. Est ergo inter has actiones istarum rerum differentia, quod neque semper in his agitur de iisdem rebus: nec si quando de iisdem, unquam tamen agitur eodem modo: & quæcumque hic petitio est, agitur longe dissimili conventionis & condemnationis effectu. Ita differunt in summa hæ actiones rebus, petitione, & iudicii exitu.

III. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est, nisi de re communi: ut si res communis nulla sit inter aliquos, sive quod nunquam fuerit, sive quod voluntate eorum a communione discessum sit, cesset iudicium communi dividundo, non tantum de corpore ipso rei, quæ communis non est, sed etiam de personalibus præstationibus iis, quas hoc iudicium admittit. *L. 1.* in fin. *L. si quis putans*, 6. in pr. *D. com. divid.* Præstationes illæ, quas dico, indicantur in *L. 3. D. eod. L. quibus*, 34. *D. pro soc.* Longe aliter actio pro socio. Hæc maxima ex parte non est de rebus communibus: sed aut de pecunia, vel de fructibus perceptis, quæ res natura sua divisæ sunt; aut de specie quidem aliqua indivisa, sed quæ unius tantum ex sociis sit, non communis, ut soli ei quæsita: de qua ideo id agatur, ut communicetur. *L. si societatem*, 73. *L. si quis societatem, seq. D. pro soc.* Sed etsi agatur de re

re communi; nunquam tamen de ea fit actio pro socio, nisi res sit ex societate communis: cum actio communi dividundo de omnibus rebus communibus competat tam quæ ex societate, quam quæ citra societatem sint communes. *L. ut sit*, 31. & seqq. 2. *D. pro soc. L.* 2. *D. com. divid.* At saltem hoc inter istas actiones in rebus commune erit, quod ambæ de rebus ex societate communibus competant. Immo ne hac quidem in parte de iisdem rebus competere existimandæ sunt, si de communibus agitur ut de communibus. Etsi enim de re communi agatur, quæ sit apud unum ex sociis, ut agi potest, sive eam amoverit, sive eam celandi animo contrectet. *L. rei*, 45. *D. pro soc.* non tamen agitur ut de communi, quo dividatur scilicet, sed ut de re alia quavis ad societatis rationem pertinente, dum id agitur ut veniat in medium, constituturis postea sociis, quid de ea re fieri velint. Cæterum ut in re communi nunquam ad divisionem eius rei agitur. Quod iam intelligetur ex petitione & fine utriusque actionis.

IV. Est vero petitio & finis utriusque longe dissimilis. Actio communi dividundo comparata est quidem de rebus communibus; sed eo, ut dividantur inter socios, atque his divisis a communione discedatur. *L.* 1. *D. com. divid.* §. *quædam*, *Inst. de act.* eaque prima & principalis huius actionis persecutio est, quam deinde sequuntur personales præstationes, de quibus ante diximus, alioqui sine communione rei una cum actione nullæ futuræ. *d. L.* 1. in fin. *com. divid.* Actio autem pro socio de personalibus præstationibus tantum est: de his non agi tanquam de communibus, ut ante dixi: quoniam rerum communium proprium hoc est, ut unusquisque dominorum partem in his persequatur: quam ut sibi propriam habeat, divisione rei consequitur. Esse autem actionem pro socio de personalibus præstationibus tantum extra divisionem positis: ad divisionem autem non pertinere, declarat Ulpianus in *L. si actum*, 43. *D. pro soc.* qui aliis verbis eamdem sententiam exprimens ita scribit: *quoniam pro socio actio & nominum rationem habet, & adiudicationem non admittit*. Nomina dicuntur, quæ quisque personali actione aliis debet. *L. servum filii*, §. *eum qui*, *D. de leg.* 1. *L. qui chirographum*, 59. *D. de leg.* 3. Itaque quod dicit actionem pro socio nominum rationem habere, nihil aliud est, quam in hanc actionem venire personales præstationes earum rerum, quas socium socio debere ante diximus. Quod autem dicit actionem pro socio non admittere adiudicationem, aperte significat non spectare ad rerum divisionem. Nulla enim divisio rerum, quæ petatur iudicio, esse potest sine adiudicatione aut partium a iudice discretarum, quarum singulæ singulis adiudicantur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non potest, uni adiudicari solet. §. *eadem Inst. de off. iud.* Contra actio pro socio dicitur magis ad personales invicem præstationes pertinere, quam ad communium rerum divisionem: sic Paulus loquitur in *L.* 1. *D. com. divid.* Magis pertinere, elective dictum, non comparative, ut bene eo loco interpretatur Accursius, ut sit sententia, non debere hæc verba sic accipi, quasi diceretur actionem pro socio competere simul & ad personales præstationes, & ad rerum communium divisionem; sed si hæc inter se comparentur, magis competere ad præstationes personales: verum hoc modo, ut si quæratur utrum actio pro socio pertineat ad horum capitum utrumque, an vero ad personales præstationes tantum, eligenda sit hæc sententia, seu magis dicendum sit ad personales præstationes pertinere. Eadem forma dictum in *L. si vero*, 12. §. *cum quidam*, *D. mand.* eum qui aliquem commendavit amico, non obligari mandati: quia commendandi magis hominis, quam mandandi caussa id fecerit. Ubi aperte constat non mandandi caussa quidquam factum, cum prius negasset Ulpianus mandati obligationem hic intervenire. Eodem modo dictum & illud a Paulo in *L. inter*, 26. §. *non omnia*, *D. mand.* quæ procurator impensurus non fuit, si in gerendo negotio amisit, ea mandatori non imputari. Nam hæc magis casibus, quam mandato imputanda. Ubi plane hoc sentit, hæc mandato non imputanda, quæ alioqui præstanda essent. Sed sunt huiusmodi orationes aliæ infinitæ, quæ passim sunt obviæ. Ex eadem ista caussa est, quod sublata rei communis divisione, dicitur cessare communi dividundo actio. *L.* 1. in fin. *com. divid.* Non enim potest institui rei communis divisio, ubi nulla res est communis. Contra actio pro socio de iis quæ manente societate contracta erant, etiam dirempta societate manet, ut si nondum soluta sunt, nunc præstentur. *L. omne*, 27. *L. si unus*, 67. in pr. *pro soc.* Quippe in his ea petuntur, quæ quovis tempore præstari possunt: actionem autem de his semel natam iure perpetuam fieri necesse est. *Inst. de perp. & temp. act.* in princ. cum in divisione rei

rei communis petita id petitur, quod communione rei sublata præstari posse desiit.

V. Postremo quæcunque res sunt, quæ his iudiciis recte petuntur; earum exitus & potestas longe est dissimilis. Discrimen duplex: unum in pecunia: alterum in damnati existimatione. In communi dividundo actione ubi tanquam inter socios de re communi non agitur, sed ut inter dominos rei communis, si de re pecuniaria agitur, socius partes suas ex divisione solidas accipit, & si uni res tota adiudicatur, ob rem solidam acceptam par est etiam eum in solidam partis æstimationem socio condemnari. *d. §. eadem, Instit. de off. iud.* In actione autem pro socio, qua inter socios ut socios agitur, hoc beneficium socio tributum est cum multis aliis personis commune, ut in id solum quod facere potest condemnetur, aut condemnatus conveniatur. Qui locus in sociis explicatur fuse in *L. verum, 63. D. pro soc.*

VI. De his autem & plerisque aliis personis tractatio est communis, qui sint, in id quod facere possunt, conveniantur, & quid hoc beneficio contineatur. Cui quæstioni locus est, cum agitur de re iudicata. Tractatur in *L. qui sunt*, & seqq. *LL. D. de re iud. §. sunt præterea*, & seqq. 2. *Inst. de act.* Tantum circa hoc beneficium monendi sumus, sic socium in id quod facere potest, condemnari, ut tamen quod socius ab eo consequi non potuit, non illi semper pereat, sed si tres socii sint, possit id ab altero, qui solvendo est, pro rata consequi. De quo dixi in partium societatis distributione. Quod ad existimationem damnati attinet, etiam hoc plus est in iudicio pro socio, quam in communi dividundo, quod actione pro socio damnatus fit infamis, damnatus communi dividundo non item. *L. 1. D. de his qui not. inf.*

CAP. XVIII.

Nuptias societatis speciem esse. Antegressum in sponsalibus. De his obiter indicatum, unde ius eius partis sumatur. De nuptiis tractatum ex professo. Nuptiæ quid sint; Qui vocentur, & earum appellationum origo.

Transitio ad Nuptias. Sponsalia quare prætermissa. I.
Nuptias ad societatis genus referri, & contractus formam tenere. II.
Nuptiæ quid sint. Quatenus a rerum societate differant. Harum per partes illustrata definitio. III.
Individua vitæ consuetudo quæ sit in nuptiis diserte exponitur. IV.
Nuptiæ pluribus appellatæ nominibus; & unde appellationes derivatæ. V.
Item personarum factorumque cuiusque contrahentium appellatio distincta, & quatenus. VI.

I. Atque hæc societas rerum est: hæc eius societatis obligatio, hæ præstationes, & præstationibus exigendis hæc actio proposita. Est societatis species altera, in qua societatem vitæ esse diximus: quam uno verbo nuptias, matrimonium, coniugium appellamus. De qua iam dicam: si prius monuero, more publico fere usurpatum esse, ut nuptias inter coniuges futuros præcedant sponsalia, id est futurarum nuptiarum mentio & repromissio, sic enim definiuntur in *L. 1. D. de sponf.* Sed eius partis tractationem me hic omittere consulto. Sive quod eius iuris cognitio paucis admodum præceptis continetur, & his cum nuptiis magna ex parte communibus, quæ non difficile sit ex Titulo brevi de sponsalibus *D. & C.* percipere. Sive quod de sponsalibus ea brevitate & perspicuitate pene innata, ea etiam, ut quidem ego sentio, doctrinæ veritate scripsit in hoc argumento Duarenus ille noster, ut non si hunc locum pluribus persequi studeam, cupiam non dico alia sententia, sed etiam aliis verbis de eo scribere. Quare ne necesse sit nos huc transcribere, quod ex eius scriptis rectius sumi potest, ad nuptias, de qua specie præcipue nunc agitur, statim accedam.

II. Sunt vero nuptiæ, ut cœpi dicere, societatis eius, de qua institutus est sermo, vere species. Neque id solum, sed species societatis arctissimæ præter cæteras: sed hic statim nobis occurritur. Nam si hoc ita est, simul & de nuptiis hæc suscipi oportet, nuptias esse contractum, & contractum, qui consensu fiat, & in hoc genere referri ad societatem. Hæc enim omnia de societatis specie dici necesse est; cum societas sit contractus, & is qui consensu consistat, & non possit dici

dici species societatis, nisi quæ & ipsa sit societas. Atqui de his plerique dubitant; sunt etiam qui constanter negent. Nos igitur hæc ita esse levi opera initio doceamus, ne quis forte iam a principio in divisione societatis instituta, & in loco huic tractationi de nuptiis attributo iudicium in nobis, & docendi methodum requirat. Aio nuptias esse contractum. Quidni vero ita dicantur? Nam & nuptiæ dicuntur contrahi. *Inst. de nupt.* in pr. Quod si & contrahi dicitur societas, unde & contractus esse intelligitur: *L.* 5. in pr. & fin. *L. qui admittitur*, 19. *L. si quis societatem*, 74. *D. pro soc.* dubitabimus & nuptias ex eo contractum esse dicere, cum ipsæ similiter contrahi dicantur? Coniugata hæc sunt, contractus, & contrahere, ut necesse sit, in qua re, quæ consensu geratur, insit contrahendi verbum, in ea & contractum inesse. Iam ut nuptiæ sunt contractus, ita est & contractus, qui consensu solo perficiatur. Indicat regula iuris, quæ ita definit, *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*. L. nuptias. *D. de reg. iu. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & dem.* Postremo ne quis reformidet contractum hunc ad societatem referre, ut sit eius generis species, sunt & nuptiæ societas. At qualis societas? quam supra dixi, quæ sit scilicet omnium arctissima. Et dubitemus ita esse, cum veteres tot locis constanter hanc appellationem nuptiis tribuant, & definitione nuptiarum maxime confirment? Nominatim dicuntur nuptiæ societas vitæ in *L.* 1. *D. de act. rer. am.* quo quid clarius? Dicuntur consortium omnis vitæ in *L.* 1. *D. de rit. nupt.* eodem plane sensu. Sunt enim consortium voluntarium, ac consortii voluntarii verbo Papinianus societatem intelligit in *L. cum duobus*, 52. §. *idem Papinianus*, *D. pro soc.* Hinc vir & uxor dicti socii divinæ & humanæ domus. *L. adversus*, *C. de crim. expil. her.* Et quinam sunt socii, nisi inter quos est societas, quæ sola socios facit? *L. qui non admittitur*, 19. *L. ut sit*, 31. *D. pro soc.* Sed maxime definitio nuptiarum id ostendet, quam mox subiiciemus. Atque hoc probatum tale est, ut per se solum sufficiat ad superiora illa duo demonstranda, nuptias contractum esse, & contractum qui consensu solo perficiatur. Nam hæc omnia societas in se continet. Quod si quis quærat, cur igitur veteres societatem inter contractus non retulerint? Quæram ego vicissim, cur inter contractus non retulerint dotis dationem; cuius tamen restitutio non minus ex obligatione est, qua qui accepit ad restituendum tenetur, quam pignoris dati restitutio, cum pecunia soluta est. Nempe hoc illis propositum fuisse apparet, ut de nuptiis separato tractatu agerent, in quem eumdem omnia conferrent, quæ nuptiis sunt adiuncta: ut tractatum de sponsalibus, de donationibus propter nuptias, de dote, de pactis dotalibus, de donationibus inter virum & uxorem; etsi harum rerum obligatio & actio ex diversis & maxime distinctis caussis oriatur. Nobis liceat unumquodque effectum ad suas caussas referre, caussas autem suo quasque ordine exponere. Unum est præcipue, quod quibusdam religionem iniicit, quominus nuptias contractum esse concedant, quod nullus sit contractus, nisi ex quo obligatio contrahatur. §. *ult. Inst. de obl.* Nulla autem his videatur obligatio ex nuptiis nasci inter coniuges; quod negent ex nuptiis rem ullam subesse, cuius solvendæ necessitate coniuges adstringantur: quæ tamen necessitas proprie est obligationis. Sed si hanc rem, atque hanc necessitatem in nuptiis subesse probamus, opinor, illis satisfactum erit, & vel hoc nomine maxime nuptias contractum esse fatebuntur. De eo vero dicetur postea suo ordine. Ante quid sint nuptiæ, & quomodo contrahantur, videndum est, ut contractu constituto, sic deinde de obligatione, quæ hinc nascitur, quæratur.

III. Nuptiæ sic definiuntur apud *Iustin. Inst. de patr. pot.* ut sint viri & mulieris coniunctio individuam vitæ consuetudinem continens. Nuptiæ sunt coniunctio. Sane, & quidem arctissima, utpote qua coniuges corporibus ipsis, & convictu quotidiano inter se coniunguntur. Sed verbum generis hoc est, etiam cum societate rerum commune. Nam & societas rerum coniunctio est, qua socii communione rerum inter se coniunguntur. Quam ob caussam etiam dicitur, hæc societas ius fraternitatis quodammodo in se habere. *L. verum*, 63. in pr. *D. pro soc.* Et qui magis coniuncti quam fratres? Addendum igitur fuit, quo res a communione abstraheretur, eihæreturque quod esset proprium huius societatis. Quam ad rem cætera definitionis collata sunt. Hæc propria sunt duo: unum positum in personis contrahentium, alterum in genere & qualitate coniunctionis. In personis discrimen tale. Nam rerum societas & inter solos mares contrahi potest, & inter solas fœminas. Et si numerum sociorum quærimus, inter plures socios quam duos. In

nuptiis diversa omnia. Significatur hoc illis verbis, cum dicuntur nuptiæ maris & fœminæ coniunctio. His enim intelligimus, nuptias esse a sexu quidem non nisi inter marem & fœminam; numero autem solum inter duos, quorum alter vir sit, altera fœmina: quandoquidem dicuntur non marium & fœminarum coniunctio, sed maris & fœminæ numero singulari. Qua nota & polygamia removetur. De qua paulo post in præceptis connubialibus. Genus coniunctionis est id, quod dicitur habere consuetudinem vitæ, & eam individuam. Consuetudo vitæ est convictus vitæ interior, quo fiat, ut simul aliqui inter se coniuncti vivant. Quod in definitione Modestini dicitur consortium vitæ, *L.* 1. *D. de rit. nupt.* idest ea societas, qua socii inter se eiusdem vitæ sint participes, seu eumdem victum inter se communem habeant. Quod sane non est in societate, quæ specialiter ita dicitur: in qua nihil prohibet socios separatim vivere.

IV. Quod dicitur esse consuetudo vitæ individua duo continet. Nam individuum dicitur Latinis, quod unum & connexum in sese dividi non potest, quomodo atomos Cicero vocat corpora individua *Lib.* 1. *de finibus*. Hoc verbo intelligi debet: primum eam consuetudinem hic accipi debere, quæ sit indivisa in præsentia. Deinde quæ in futurum dividi & dirimi non possit. Et ita res se habet, ut nuptiæ sint consuetudo & societas vitæ indivisa idest a, quæ nihil indivisum habeat inter coniuges. Proinde quæ habeat omnia communia, quæ ad convictum & societatem vitæ pertineant. Quod quia non fit, nisi in corporum & rerum communicatione, inde bene dictum in *L.* 1. *D. de rit. nup.* nuptias esse divini & humani iuris communicationem: qund quam verum sit, dicetur postea in ea obligatione, quæ ex nuptiis nascitur. Nihil simile in societate rerum, in qua res communes esse possunt. Corporum coniunctio nulla est. Nec minus verum est, consuetudinem vitæ, quæ nuptiis fulcipitur, dividi & dirimi non posse. Primum nuptiæ proposito contrahentium ita contrahuntur, ut in his sit coniunctio coniugum perpetua. Unde & coniugii verbum a iugo, ut supra monui. Tum autem & ius hoc ipsum efficit. Quo iure neque uni ex contrahentibus licet nuptiis renuntiare pro arbitrio, neque ambobus mutuo consensu ab his discedere, nisi ex iusta caussa. *L. consensu, C. de nupt.* Quod secus est in societate rerum, quæ non solum mutuo consensu sociorum solvitur, sed etiam unius ex sociis renuntiatione. *L. verum, §. ult. D. pro soc. §. manet. Inst. de societ.* Et vero in hac definitione ita individua consuetudo accipienda est, ut & vulgo interpretes recte acceperunt. Nam primum hoc illud est, quod in *L.* 1. *D. de rit. nup.* definiuntur nuptiæ consortium omnis vitæ. Ubi apparet omnis vitæ dictum esse pro totius vitæ; cum singulis hominibus non plures vitæ datæ sint, sed una. Dum autem nisi sic accipimus, futurum est, ut quævis promiscua coniunctio maris & fœminæ sint nuptiæ. Si non quævis; at certe concubinatus. Nam & cum concubinis coniunctio est maris & fœminæ, consuetudinem vitæ continens. Constat tamen concubinam non esse uxorem; concubinatum non esse nuptias. *L.* 1. & toto *Tit. D. de concub.* Qua in re igitur harum rerum discrimen? Haud dubie in eo, quod nuptiæ ita contrahuntur, ut habeant consuetudinem vitæ individuam, idest quæ non dividatur, non dirimatur. Concubinatus autem coniunctio neque instituitur hoc proposito coniunctorum, neque etiam ea vi est, ut non liceat alteri, cum velit, ab altero invito discedere. *L.* 1. *D. de concub.* Atenim iustæ nuptiæ etiam divortio dirimi possunt. *L. consensu, C. de repud.* Sed hoc præter votum contrahentium accidit, & præter matrimonii naturam. Unde nec nisi iustis de caussis divortium facere licet impune, nec umquam nisi misso repudio, ut cautum est *ead. L. consensu, C. de repud.* quod ipsum satis argumenti est, vere dici nuptias simpliciter & pro arbitrio dirimi non posse. De iure civili solo nunc loquor. Nam verbo Dei quid hic cautum sit, notum est. *Quod Deus coniunxit*, ait Christus de viro & uxore loquens, *homo ne seiungat*. Matth. 19. Ut autem individuam interpretemur, quod quidam viri docti faciunt, eam solum, quæ res omnes inter virum & mulierem indivisas habet, idest, in qua omnium rerum indivisa communio est; verendum, ne non satis sit ex significatione verborum. Illa enim consuetudo est individua, quæ in se talis est, non autem cuius res solæ ea coniunctione contentæ sunt individuæ. Quinimo ne ad res quidem viri & mulieris satis apte hoc verbum referri potest. Sunt enim hæ res inter eos communes: at non individuæ; quæ sæpe necessitatibus rerum ita urgentibus inter ipsos dividuntur.

V. Rem secutæ appellationes: quæ ex re natæ hoc ipsum, quod in re est cognitæ magis ostendent. Sunt autem huiusmodi, ut quædam ductæ sint a prole spe-

ſperata, quædam a ſolemnibus in re contrahenda uſitatis, quædam a genere ipſo conventionis. A prole ſperata *matrimonium*, ut Inſt. *de patr. pot.* in pr. & paſſim in hoc argumento de nuptiis. Sic enim contrahuntur nuptiæ, ut uxores matres fiant, atque hoc modo legitima & honeſta ſobole repleatur civitas, atque adeo conſervetur humanum genus. Finis hic præcipuus nuptiarum. *Novell. de nupt* in princ. *L. 1. D. ſol. matr.* A ſolemnibus in re contrahenda uſurpari olim ſolitis hæc nomina prodierunt, *nuptiæ*, *connubium*. Sic enim nuptiæ dicuntur, de quo iam conſtat inter omnes auctore Feſto & Iſidoro, quod novæ nuptæ deducerentur in domum mariti velatæ, deductæ uxores eſſe inciperent. *L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & demonſtrat.* Connubii verbum in hac ſignificatione legere eſt in *L.* 3. & *L. licet*, *C. de inc. nupt.* nec ſine exemplo veterum. Nam & Virgilius ita uſurpat *Lib.* 1. Æneid. his verbis.

Connubio iungam ſtabili ......

A veteribus tamen & noſtris magis connubii verbum ita uſurpatur, ut eo ſignificetur nubendi, & matrimonii contrahendi poteſtas: ut cum dicitur iuſtum matrimonium tunc eſſe cum inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium eſt. Neque enim recte diceretur matrimonium iuſtum eſſe, cum ii contrahunt, inter quos ante matrimonium eſt. Nam ſi eſt, non debuit iterum contrahi. Sic explicat hoc verbum Ulpianus in *frag. Inſt. tit.* 5. Sic uſurpatur ab eodem in *L. eo iure*, 45. *§. hoc caput*, *D. de ritu nuptiar.* A genere ipſo coniunctionis hæc appellatio eſt, ut dicantur nuptiæ coniugium, ut in *L. ſi quis inceſti*. *C. de inc nupt.* Quod verbum maxime coniunctionis vinculum exprimit. Habet enim metaphoram ductam a iugo. Quo iunguntur boves, & tenentur tam arcte, ut id excutere non poſſint, niſi eo aliunde ſolvantur. Quod & ipſum viro & mulieri accidit, conſuetudine matrimonii tanquam iugo inter ſe iunctis, ut inſtituta coniunctio ſolvi pro arbitrio non poſſit.

VI. Sed & in hac coniunctione perſonæ contrahentium propriis nominibus notatæ ſunt. Nam mas dicitur vir, item maritus: fœmina uxor: ambo communi verbo coniuges: etſi hoc verbum frequentius uxori tribuitur. Quæ & ipſa legenti paſſim occurrent. Frequentiſſime in tractatione eius donationis, quæ dicitur inter virum & uxorem, inter maritum & uxorem.

VII. Facta etiam ipſa contrahentium diſtincta item ſuis appellationibus. Nam vir dum mulierem pro uxore ſibi accipit, dicitur uxorem ducere: uxor dum ſe marito uxorem eſſe vult, dicitur ei nubere: & quidem ita, ut quod unius eſt, nunquam tribuatur alteri. Nam nec uxor dicitur maritum ducere, ſed ſolum vir uxorem. Nec maritus nubere uxori, ſed ſolum uxor marito. *L. 5. L. ſi filius*, 11. *D. de rit. nupt.* Niſi quod hoc poſterius dicitur interdum de marito; ſed per contemptum & ignominiam, dum ſignificare volunt hominem ignavum & nullius pretii, qui ſubiiciatur uxori ſuæ, ut is potius in matrimonio fungatur officio mulieris, illa autem viri. Hinc illud Martialis ignominioſe dictum in novum maritum:

.... nupſit heri

Ex quo & illud eiuſdem

.... uxori nubere nolo meæ.

Utraque appellatio nata ex vetere ritu. Nam & mariti ad nuptias contrahendas ſolemni more uxores ducebant domum, tumque certo nuptiæ contractæ intelligebantur. *d. L. 5. D. de rit. nupt. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & dem.* Uxor nupta id eſt velata & obtecta tradebatur marito. Quorum prius cum ſolum viri proprium eſſet, poſterius uxoris, non mirum, ſi quod unius erat, alteri tributum non fuerit. Et hæc quidem iſtarum appellationum origo & ratio eſt. Res ipſa una: quæ quid ſit, quamque coniunctionem & ſocietatem vitæ habeat, diximus.

CAP.

C A P. XIX.

Quibus rebus contrahantur nuptiæ. In his rebus primum locum obtinere personas contrahentium. Quænam hæ, inter quas contrahi non possint. Adversus præcepta iuris quæ sunt de hac re si qui coierint; quæ pœnæ.

Nuptias contrahentium subsistere consensu. I.

Iustas esse, si & personæ contrahentium sint idoneæ: & consensus earum legitimus. II.

Personæ nuptias contrahere prohibentur natura vel iure. III.

Natura *aut a contrahendis, aut a contractis nuptiis arcentur, & qui sint utrique*. IV.

Iure *servi, & peregrini apud Romanos*. V.

Item quorum nuptiæ habent turpitudinem, aut incommodi metum. Turpitudo aut ex coniunctione, aut polygamia. VI.

Coniunctio aut cognatorum aut affinium. Illa rursus aut directa aut collateralis. VII.

Directa inter parentes & liberos naturales, eaque infinita. Ad patrem legitimum, & spiritualem producta. VIII.

Collateralis, seu transversa quorum. Infra quartum gradum iure civili comprehensa. IX.

Exceptio. X.

Coniunctio affinium inter eos, qui loco sunt parentum & liberorum, prohibita dumtaxat; quinam illi. XI.

Sed tamen & cum uxore fratris, & sorore uxoris nuptiæ prohibentur iure codicis, & quid iure divino veteri. XII.

Qui nam de toto genere personarum, inter quas nuptiæ prohibentur, plenius scripserint: & quid in illis desideret auctor, quod ipse præstiterit. XIII.

Polygamia prohibetur cum divino, tum etiam civili iure; & quatenus. XIV.

Incommodi metus ex contagio aut in viro, aut in muliere, aut in utroque. XV.

In viro qualis, huius prohibitionis exemplum. XVI.

In muliere metus imminet aut ex concussione, aut coitione fraudulenta. XVII.

Ad prius genus pertinet prohibitio nuptiarum provincialis mulieris cum Præside, eiusque comitibus, aut officii alicuius administratore. XVIII.

Exceptio duplex, & quæ. XIX.

Item Provincialis *cum militibus ibi militantibus*. XX.

Ad posterius tutoris, vel curatoris cum pupilla vel adulta. Nuptiarum istiusmodi interdictio qualis, & quæ interdictionis pœna. XXI.

Tutori & curatori; horumque patri vel liberis quatenus ex verbis & sententia S. C. nuptiæ cum pupilla, aut adulta interdictæ. XXII.

In utroque metus ex coniunctione Christiani cum Iudæa, aut cum Iudæo Christianæ. Quæ caussa & pœna interdictionis. XXIII.

Nuptiæ viduarum prohibentur intra annum luctus a iure civili, secus iure divino & iure canonum. XXIV.

Contractas nihilominus non impune abire, sed ratas esse vel iure civili. XXV.

Quomodo prioris matrimonii liberis occasione secundarum nuptiarum per Leges consultum. XXVI.

Quæ illicitarum nuptiarum pœna. Quid novi Iustinianus sanxerit adversus incestas nuptias. Novellæ 12. *summa & analysis*. XXVII. XXVIII.

I. Non exsistit natura inter aliquos ista coniunctio & societas vitæ, sed ut cæteræ res, quæ consensu geruntur, suas caussas habent, unde oriantur; sic & nuptiæ. Exsistunt autem contrahendo. Nam & nuptias contrahi dicimus. *Inst. de nupt.* in pr. Denique & ipsæ sunt societas, ut ostendimus; neque vero inter cedit aliter inter aliquos societas, quam si inter eos consensu contrahatur.

II. Contrahuntur nuptiæ, quæ rite & secundum præcepta legum contrahuntur, *Inst. de nupt.* scilicet ut hoc modo efficiantur iustæ nuptiæ. Nam iniustæ, quia contra ius fiunt, non sunt nuptiæ. §. *si adversus, Inst. eod. L. non dubium, C.* de

de legib. Ut ita contrahantur nuptiæ, & simul efficiantur iustæ, duabus in rebus positum est; in personis contrahentium idoneis, & in legitimo de hac coniunctione consensu. Personæ huius contractus capaces materia sunt (sic enim cum vulgo loqui liceat) in qua nuptiæ versentur. Si malumus subiectum huius contractus, ita eius proprium, ut ad contractus ullos alios non pertineat. Quam ob caussam & de his personis in communi argumento de personis, quæ obligari contrahendo non possint, supra nihil diximus. Legitimus consensus utramque caussam in se habet; efficientem nuptiarum, & formam. De fine & effectu huius societatis comprehensum est superiore definitione. Deinceps igitur ad nuptias constituendas de personis contrahentium idoneis, & de legitimo ad eam rem consensu cognoscamus: quibus de rebus & nos plenius hoc loco dicturos supra polliciti sumus *Lib. 2. C. 20.*

III. Ac de personis deliberatio prior: cum si quæ sint, inter quas nuptiæ non consistant, frustra consenserint inter se de nuptiis. Non omnibus vero nuptiæ inter se concessæ sunt. Quibus exceptis, cæteris concessas intelligemus. Prohibentur nuptiæ inter aliquos partim natura, partim iure.

IV. Natura in his, quibus natura desunt ea, quæ nuptiæ desiderant aut contrahendæ ab initio, aut iam contractæ. Contrahendæ consensum desiderant eorum, quorum de coniunctione agitur, ut postea dicetur. Proinde in quibus consentiendi facultas non est, cum his nuptiæ constitui non possunt. Quales sunt furiosi, & mente capti. *L. patre, D. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Contractæ desiderant facultatem sobolis procreandæ, cuius maxime caussa nuptiæ contrahuntur. *L. 1. D. sol. matr.* In hoc numero sunt impuberes tam mares, quam fœminæ. Qua de caussa uter coniugum impubes fuerit, placet inter contrahentes nuptias non consistere. *Inst. de nupt.* in pr. Sic tamen ut instituta inter hos coniunctione etiam illud placeat tunc legitimas nuptias fieri, cum his in eadem coniunctione perseverantibus, qui minor ætate erat, legitimam apud alterum ætatem impleverit. *L. 4. D. de rit. nupt.* Eodem numero sunt & ex maribus castrati. Argumento est, quod hi prohibentur adoptare tantum ideo, quod generare non possunt, *§. sed & illud. Inst. de adopt.* Si adoptio naturam imitatur, ut dicitur imitari in *§. minorem, Inst. de adopt.* recte hinc colligas, si quid hic prohibetur in adoptione, exemplo fieri & imitatione naturæ, ac proinde prius esse, ut in natura prohibeatur.

V. Iure prohibentur nuptiæ, cum qui superioris coniunctionis & consensus capaces sunt, iure tamen prohibentur nuptias contrahere. Quod fit certis & iustis de caussis. Iustæ caussæ aut in statu personæ spectantur, aut extra statum. In statu personæ hæc caussa est, si quis non sit civis Romanus. Iure enim Romanorum fit, ut iustas nuptias soli inter se contrahant cives Romani. *Inst. de nupt.* Huc ergo retulerimus servos, & ex liberis hominibus peregrinos, sive qui nunquam in numero civium fuerunt, sive qui cum fuissent, deportatione civitatem amiserunt. Quos omnes constat, quemadmodum cives Romani non sunt, *L. qui testamento, §. servus. D. qui test. fac. pos. §. cum autem, Inst quib. mod. ius patr. pot. solvat.* ita ius connubii non habere. De servis & ancillis constat. *L. si neget, D. de agnosc. lib. L. 3. C. de inc. nupt.* Neque hoc male aut inhumane, *& contra* * *verbum Dei constitutum quis existimet, quandiu hoc manebit, iure fieri, ut servi sint in dominio dominorum. Nam verbo Dei, atque adeo natura Duce iubetur maritus adhærere uxori suæ, uxor contra erga maritum eodem modo se habere. Atqui non potest servus aut ancilla id facere, quin tantum de iure domini detrahatur. Quod quia nulla iuris ratio concedit, ne illud quidem concedendum fuit, unde illa iniuria nascitur. Nec si bi iuncti erunt, ideo quis putet verbo Dei prohiberi eiusmodi coniunctionem dissolvi, propter dictum Christi,*

Quod

* Esto servorum sit contubernium de iure civili, non connubium, non matrimonium. Contra omnino est, si ius naturæ sedulo investigemus atque divinum. Quare Ius Canonicum quod cum utroque consentit, contrahi matrimonium a servis diserte affirmat: quod, salvo tamen iure Dominorum, ratum esse iubet, ac validum, etsi nolente atque invito domino contractum. *Cap. 1. de Coniug. Serv.* Cui luculentissimum testimonium præbet Apostoli auctoritas in *eod. Cap.* laudata. Quemadmodum vero optime conveniat iuri naturæ matrimonium: cui servitus iure humano inducta præindicati quidquam afferre nequeat: graviter, atque erudite satis ostendunt Iuris divini, & Sacrorum Canonum Interpretes; qui & illud explicant, quomodo & coniugii munus implere servi, & simul operis atque obsequio Domini vacare possint. Quibus positis, omnia quæ Donellus affert ex iure divino ad ius Civile constabiliendum, facile convelluntur. Imo (quod inculcare iuvat) *Salvo iure Domini*: quod lex Canonica integrum atque incolume præstat, tota Donelli argumentatio facile labitur, & concidit ipsa per se. vid Emman. Gonzal *in Comment. Tit. de Coniug. Servor.* Dominic. Soto in *IV. Sent. Dist. 35. Q. un. Art. 1.* Laurent. Berti *Lib. 37. de Theolog. Discipl. Cap. 6. §. de impd. Condit.*

Quod Deus coniunxit, homo ne seiungat, Mat. 19. Nam quod de hoc praecepto in universum dicendum sit, quod ad sequentes quoque prohibitionis caussas pertineat: non sunt dicendi a Deo coniuncti esse, qui contra leges iuncti sunt. Si quidem magistratus, eoque & magistratus leges, in quibus consistit potestas magistratus, ordinatio Dei est, & qui his se opponit, ordinationi Dei resistit, nedum hanc sequitur, ut docet Apost. Rom. 13. Atque hac ipsa ratione recte fieri dixerimus, ut non magis civi Romano connubium sit cum peregrinis, puta barbaris, & deportatis: postquam illi inter cives Romanos nunquam fuerunt, hi autem damnatione esse desierunt. Porro ita ius est de civibus Romanis in nuptiis, ut supra posui. Idque ita scriptum legimus in *fragmentis Institutionum Ulpiani Tit.* 5.

VI. Extra statum personae in his qui naturalis coniunctionis capaces sunt, omnis est ad prohibendas inter aliquos nuptias caussa summa duplex, alias turpitudo mutua coniugii; alias iustus externi alicuius incommodi ex eo coniugio metus. Turpitudo coniugii aut ab arctiore est coniunctione contrahentium inter ipsos, aut a numero nuptiarum, uno verbo a polygamia.

VII. Arctior coniunctio contrahentium, quae huc pertineat, aut cognationis est, aut affinitatis. Cognatio alia directa, alia ex transverso, seu a latere. *L. 1. L. stemmata. D. de grad. & affi.*

VIII. Directa inter parentes & liberos. Inter hos in infinitum nuptiae prohibitae tanquam incestae & nefariae; utpote cum natura ipsa pugnantes: quod animalia etiam bruta pleraque nos docent. *§. 1. Inst. de nupt. Novel. 12. de inc. nup. L. nuptiae, 53. & L. seq. D. de rit. nupt.* Idque tam religiose propter honestatem in hac parte servatur, ut nec inter patrem adoptivum & filiam adoptivam placeat nuptias consistere, etiam dissoluta per emancipationem adoptione. *§. & haec adeo, Inst. de nupt. L. quinetiam, 55. D. de rit. nup.* Etiam in hac coniunctione Iustinianus hoc induxit, ut si quam ex sacro baptismate quis suscepisset, hic illi pro patre haberetur, illa huic pro filia. Quamobrem & cum ea ab eo, qui suscepisset, nuptias contrahi prohibuit. *L. si quis alumnam, C. de nupt.*

IX. Ex transverso, seu a latere cognatio est eorum, qui inter se extra nomen & ius parentum ac liberorum positi, nihilominus inter se sanguine iuncti sunt, quasi una & simul nati, quia ex eodem sanguine. Ut sunt frater & soror; patruus, avunculus, amita, matertera, fratrum sororumve filii aut filiae. Patrueles item & consobrini, & si qui sint alii inferioris gradus. *L. Iurisconsultus, §. sunt ex lateribus, D. de grad. & affin.* Inter hos interdictae nuptiae usque ad quartum gradum.** *Quarto gradu iure civili concesse. Puta inter duorum fratrum, aut fratris & sororis liberos, qui patrueles, aut inter liberos duarum sororum, qui consobrini appellantur.* L. celebrandis. C. de nupt. *§. duorum, Inst. eod.*

X. Excepti hi, quorum unus alteri pro parente habetur. Qualis est patruus magnus fratris sui nepti, avunculus magnus nepti sororis suae, amita fratris sui nepoti, matertera sororis suae item nepoti. Neque illi fratris sororisve neptem uxorem ducere possunt, neque hae fratris sororisve nepoti nubere, quanvis distent ab ea quarto gradu, *§. fratris vero, Inst. de nupt. L. nemini, C. de nupt.* Atque id caussa est, quod patruus fratris filio & filiae pro patre est, unde & patrui nomen. Quod si hic istis pater, erit utique & fratris nepti veluti avus. Adeo autem fratris filiam & neptem uxorem ducere non licet, ut nec concubinam eam habere quis possit sine crimine incestus. *L. etiam, 56. D. de rit. nupt.* Illud inter hanc cognationem & superiorem in his quae per adoptionem coniunguntur interesse monendi sumus, quod si qua per adoptionem soror esse coepit, aut fratris filia vel neptis, quandiu quidem constat adoptio, eam uxorem ducere non licet: at dissoluta adoptione licet, quod posterius in superiore cognatione secus esse diximus. *§. sed si qua, Instit. de nupt.*

XI. Affinitas quoque suam coniunctionem habet, cuius & ipsius veneratione a quarumdam nuptiis abstinendum esse merito placuit. *§. affinitatis, Inst. de nupt.* Et sunt inter affines, qui parentum ac liberorum locum quodammodo inter se obtineant. Nomina haec sunt, socer, socrus, gener, vitricus, noverca, privignus, privigna. Quibus verbis quid significetur, traditur ex professo in *L. non facile, §. affines, D. de grad. & affin.* Inter hos vero nuptiae aeque prohibitae, atque inter parentes & liberos: ut scilicet neque socer

** Quem Consanguinitatis gradum comprehendat prohibitio Canonum, quibus in his, quae ad Sacramentorum dignitatem & venerationem attinent, primas & summas tribui necesse est; docebit asteriscus seq. eiusque nota.

cer nurui tanquam filiæ, neque focrus genero tanquam filio, neque vitricus privignæ tanquam filiæ, neque noverca privigno tanquam filio matrimonio iungi possint. *L. nemini, C. de nupt.* Non dico, quandiu constat affinitas, puta, quandiu hic socer est, illa nurus; hic vitricus & illa privigna; sed etiam dissoluta affinitate; cum socer & nurus, vitricus & privigna esse desierunt, qui prius fuerant. Quod fit dissoluto eo matrimonio, ex quo affinitas & superiora omnia contingebant. Quod quid sit, pluribus explicatur in *d. §. affinitatis, de nupt.* Adeo autem quæ vere mihi noverca est, idest vere patris mei uxor, eam ego tanquam alteram matrem uxorem ducere non possum, ut placeat, si qua sit tantum patris concubina, quia & hæc a patre pro uxore habeatur, non posse me & reliquos liberos parentis eam uxorem ducere: tantum venerationis nomini matris, & eius, quæ matris imaginem gerat, tribuitur. *L.* 4. *C. de nupt.* Sed hoc veris tantum & naturalibus liberis denegatum esse sciendum est. Si quis autem a marito adoptatus est, patris adoptivi uxor non est ei noverca, denique ei in ea familia nemo sit affinis. *L. non facile, §. ult. D. de grad. & affin.* Quod eo spectat, ut mortuo patre adoptivo, atque ita dissoluto omni iure cognationis, non prohibeatur viduam defuncti patris adoptivi uxorem ducere, cui nullo unquam iure cognationis aut affinitatis iunctus fuit.

XII. Extra hos, qui in iure affinitatis parentum liberorumque locum inter se quodammodo obtinent, *** *nulli fere habentur, quantumvis videri possint inter se affines, inter quos interdictum sit matrimonium.* Et ideo mariti filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, & contra, licet inter se sint quodammodo fratres, & sorores; nihilominus tamen matrimonium inter se recte contrahunt, & quidem ita, ut placeat eos recte contrahere, quanvis habeant fratrem, sororemve ex matrimonio postea contracto natos. *§. mariti, Inst. de nupt.* Hic tamen exceptæ fratris uxor, & uxoris soror, quas prohibitum est constitutionibus uxores ducere, quanvis dissolutum sit quoque modo coniugium, quo illæ affines fiebant: ut iam nec fratris demortui uxorem, nunc viduam, nec uxoris meæ demortuæ sororem ducere liceat. *L. fratris, C. de inc. nupt. L. nemini, C. de nupt.* Etsi de uxore demortui fratris aliud non tantum concessum, sed etiam iussum est lege Moisis, si modo frater decessisset sine liberis. *Deut.* 25. 5. Cæterum eadem lege neque vivo fratre, neque eo mortuo relictis liberis licuit fratri uxorem eius ducere, quomodo temperandam esse generalem prohibitionem de hac uxore ducenda doctissimi interpretes docent, quæ prohibitio legitur *Levit.* 18. 16. & *Levit.* 20. 21.

XIII. Hic maxime quærendi locus est de generibus cognationis, de cognatorum gradibus, deque affinibus. Ut & alias in successionibus ab intestato. Sed satis sit id nunc indicasse. Nam quæ ad hunc locum pertinent, dilucide exposita sunt proprio titulo in Pandectis: titulus est de gradibus & affinibus. Inde sumi possunt, ne necesse sit huc transcribere. In quo genere tamen si quis pleniorem tractationem desideret, habet commentarium lectu dignum Franc. Hotomani de hac parte, quo non sine fructu ad eius partis cognitionem uti possit. Quamquam quid hic eum commentarium de una hac parte commemorem? Extat de genere ipso toto earum personarum inter quas nuptiæ contrahi possunt, plena & erudita tractatio Francisci Duareni ab ipso vivo edita ad titulum Soluto matrimonio, in qua & de gradibus cognatorum deque eorum computatione recte ineunda ex professo disserit. Quæ quisquis leget, mirifice se ad hunc totum locum cognoscendum adiutum esse sentiet. Hæc indicasse contentus brevitati consulam. Ego de hoc genere personarum hoc loco post illos & plerosque alios doctos viros scribens, dedi operam, ut res tota certiore & dilucidiore ratione docendi, quam plerumque in illis desidero, a me explicaretur. Quod a me præstitum esse, spero, diligens lector cognoscet, nec post illorum scripta inutilem hic a me operam de iisdem rebus dicendi sumptam esse fatebitur. Sed ad rem revertamur.

XIV. Et de polygamia, quæ item turpitudinem coniunctionis secundæ in se habet, ita ius est, ut neque mulier eodem tem-

*** Affinitatis proprie nulli sunt gradus. Sed cum imitetur consanguinitatem affinitas: huius ideo & quasi gradus numerantur. Hinc factum, ut quartus ex computatione Canonica gradus cum consanguinitatis, tum affinitatis matrimonium dirimat de iure Canonum *Cap. non debet* 8. *de Consang. & Affinit.* Impedimenta vero dirimentia Ecclesiam posse, eiusque Caput Romanum Pontificem constituere post Concilii Tridentini Decretum Catholicorum nemo dubitet. Vid. eiusd. Concil. *Sess.* 24. *Can.* 4. Quod præterea Ius ex omni Ecclesiastica Antiquitate illi asserunt viri cum in iure divino & Canonum, tum in Ecclesiastica Historia Doctissimi. vid. Cl. Laurent. Berti *de Theolog. Discipl. Lib.* 37. *Cap.* 5. *Prop.* 2. Emman. Gonzal. *in not. & in Comment. Cap. Tuam* 3. *de Ord. Cognit. & in Comm. Cap.* 1 *de Sponsal.* Wan-Espen. *Iur. Eccles. Univ. P.* 2. *Tit.* 23. *Cap.* 1.

tempore duos maritos, neque vir eodem tempore duas uxores habere possit. Quo fiat, ut si qua nupta sit, prohibeatur alii nubere; sive quis uxorem iam habeat, impediuntur illi cum altera nuptiæ. *L.* 2. *C. de inceſt. nupt. L. eum qui.* 18. *C. de adult.* §. *affinitatis*, & seq. *Inſt. de nupt.* Quod ius tanto magis servandum est, quod nominatim sancitum est verbo Dei. Sic enim Christus Matth. 19. 5. & qui duo fuerant, erunt una caro. Et mox polygamiæ stuprum & adulterium indicat, cum ait, si quis uxorem habens aliam ducat, eum mœchari; quod non fieret, si nova esset uxor. Et eum qui uxorem sine caussa iusta dimissam ducat, item mœchari; nempe quia & ita dimissa uxor maneat, cui non liceat sine stupro alium maritum adsciscere. Sed & Apostolus 1. ad Corinth. 7. de coniugio ita præcipit; propter fornicationem, inquit, suam quisque uxorem habeat; & proprium quæque virum habeat. Quibus verbis aperte utrique unum tantum vice mutua coniugem assignat. Quid, quod hominibus uxores habentibus ne concubinas quidem habere iura concedunt? *L. ult.* in fin. *C. comm. de mand. L.* 1. *C. de concubi.*

XV. Est, ut proposui cum nuptiæ absint a turpitudine coniunctionis, sed ob iustum aliquem incommodi non ferendi metum prohibeantur. Incommodum huius generis tale est, ut alias metuatur proprie in viro, alias proprie in muliere, nonnunquam communiter in utroque.

XVI. In viro proprie dignitatis eius imminutio, quæ non eum solum attingat, sed etiam ad totius ordinis dedecus redundet. Ex hac caussa est illa prohibitio legis Iuliæ apud Romanos, qua prohibebatur senator liberive senatoris libertinam ducere, eamve, cuius pater materve artem ludicram faceret, fecisset; item libertinus isve, qui ipse, cuiusve pater materve artem ludicram faceret fecisset, senatoris filiam, neptem, proneptem, & deinceps ducere. *L. lege Iulia*, 44. *L. lege Papia*, 23. *D. de ritu nupt.* Qua eadem lege prohibebatur senator liberive eius libertinæ filiam, tabernariam, tabernarii, vel lenonis, aut arenarii filiam, eamve quæ mercimoniis publice præfuisset, uxorem ducere. *L. humilem*, *C. de inceſt. nupt.* Quod ius Iustinianus in libertina immutavit: quam uxorem ducere omnibus, cuiuscumque dignitatis sint, concessit. Novell. *Ut Lib. de cætero*, 78. §. *si quis autem.*

XVII. In muliere proprie, si cum certis personis coniugium illi admitti cœperit, metuuntur animadvertenda incommoda duo: concussio adversus eum sexum, & fraudulenta tutoris curatorisve adversus pupillam adultamve eius coitio.

XVIII. Concussio adversus eum sexum, si præsidi provinciæ, aut qui cum eo sunt, quive in ea provincia temporali aliquo officio funguntur, liceat in ea provincia inde oriundam aut ibi domicilium habentem uxorem ducere. Facile enim hi propter potentiam aut vi aut gratia consequi possunt, ut quæ placebit, sibi collocetur: non tam adeo, ut eam uxorem sibi habeant, quam quo facultates domus per speciem matrimonii ad se sevocent, atque ita provinciales concutiant. Ideo id caventes Romani salubriter id olim constituerunt, ne cui ex supra scriptis personis in provincia, in qua degunt, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem ducere liceret.

XIX. Quamvis sponsare non prohiberentur. Ita scilicet, ut si post officium depositum nollet mulier nuptias contrahere, liceret ei hoc facere, arris tantummodo redditis, quas acceperat. Hæc in *L. si quis officium*, 38. *D. de ritu nuptiar.* Recte post depositum officium. Nam ante si declararet mulier se nolle superioribus nubere, non solum id potuit, sed etiam ei potestas facta est, arras quas accepisset, retinendi. *L. unica. Cod. si rect. provinc. vel ad eum pertin. sponſ. deder.* Additur in *d. L. si quis officium*. Alia exceptio, ut si quis ex superioribus ante susceptum in provincia officium aliquam ibi sibi desponsasset, posset eam & suscepta administratione uxorem ducere. Ubi autem hi neque sibi aliquam sponsarent, neque veterem sponsam in provincia uxorem ducerent, ita prohibebantur aliquam inde oriundam, aut ibi domicilium habentem ducere, ut prohiberentur etiam filio suo ducenti consentire. *L. qui in provincia*, 57. *D. de ritu nupt.* Nec abs re: cum si id in filio concessum esset, facile foret per eum obtinere, quod ipsis per se non licebat.

XX. Militibus, qui in aliena provincia militant, puta aut belli gerendi, aut hiemandi, aut præsidii caussa ibi degunt; idem interdictum. *L. eos*, 65. *D. eod.* eadem de caussa videlicet: quoniam ab armatis, & commilitonum potentia instructis, iisdemque ut plurimum & ferocibus & insolentibus iuste metuitur eadem vis & concussio, si nuptiæ cum his consistere cœperint. In patria sua militantes non prohibentur ex eadem provincia uxorem ducere, *d. L. eos*. Alio-

qui iniuriosum esset illis in totum nuptias interdici, & minus periculi est, ne quid indignius adversus populares suos committant.

XXI. Fraudulenta tutoris curatorisve, & in primis animadvertenda coitio est, si is pupillam aut adultam suam sibi aut filio in matrimonium coniungat ante vicesimum sextum annum, aut idem faciat postea nondum redditis rationibus. Quo enim hæc coitio, nisi ut huiusmodi coniunctione tegat fraudem administrationis? ut bene scriptum est in *L. si tutor*, 7. *C. de interd. matrim.* id est, nisi ut cum eam uxorem habere cœperit, immunis sit a rationibus reddendis, dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter eius metum non audebit, ab eo rationes exigere, ut ita misera in re familiari turpiter circumscribatur? quod & significatur in *L. libertum*, 64. *D. de rit. nupt.* Estque hoc factum indignius, quod hæc fraus ab eo proficiscitur, qui præcipue pupillam vel adultam tueri debuit. Idcirco & matrimonium omne eiusmodi legibus est interdictum, toto Tit. *C. de interd. matrim. int. pupil. & tut.* de quo ita scriptum est in *L. non est 66. D. de rit. nupt.* Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam, vel adultam intra vicesimum sextum annum non desponsam a patre, nec testamento destinatam ducat uxorem, vel eam filio suo iungat. Quo facto uterque infamatur, & pro dignitate pupillæ extra ordinem coercetur. Nec interest, filius sui iuris, an in patris potestate sit. Hæc in *d. L. non est.* Idem esse dicimus, etsi tutor curatorve quid istorum fecerit post præstitutum superius tempus, sed fecerit nondum redditis rationibus. Hoc enim idem periculum habet. Et satis probatur in *L. penult.* in princip. *D. de ritu nuptiar.*

XXII. Atque hæc de tutore ipso & curatore cauta sunt. Sed longius itum est, quo fraudolento isti matrimonio occurreretur. Nam & mortuo tutore, de filio eius ita cautum est in *L. si patris*, 6. *C. de inter. matrim.* ut si is nondum exacto superiore illo tempore, nempe quinto & vicesimo anno, nec non anno utili (hic enim illic scriptum est, ut sit is annus, qui efficiat vigesimum illum sextum annum, cuius supra mentionem fecimus, & qui commemoratur in *d. L. non est*, *D. de ritu nupt.*) si is, inquam, filius nondum exacto eo tempore, patris sui pupillam uxorem duxerit: nec matrimonium cum ea consistat, nec filius patri ex ea coniunctione procreetur. Idem est, etsi filius post id tempus ducat, sed cum pater adhuc obstrictus esset tutelæ rationi, ut est in *d. L. pen.* in pr. *D. eod.* Id autem sit, nondum reddita ratione tutelæ. Quo exemplo recte supra diximus multo magis idem in patre probandum esse. Nec solum in filio tutoris eadem sunt, sed & in herede tutoris, quanvis extraneo, sententia legis id exigente, ut declaratur in *L. libertum*, 64. *D. de rit. nupt.* Quod si filio tutoris non permittitur pupillam patris ducere, quia eadem fraus a tutore per interpositam personam filii struatur: consentaneum est quod Tryphoninus probat in *d. L. pen. §. sed etsi filiusfamilias*, *D. eod.* si tutor aut curator puellæ fuerit filiusfamilias, non oportere nec patri eius concedi eam ducere, ac nec fratri, qui sit in eiusdem potestate. De tutoris & curatoris verbis quibus superior lex utitur, notandum, utroque verbo hic contineri non eum tantum, qui vere tutor sit aut curator, sed & omnem, qui pro tali habeatur, dum invitus: eum autem esse, ad quem invitum tutelæ vel curæ periculum suo nomine; non alieno, puta fideiussorio, pertineat. Quod quid sit, multis ostenditur in *L. si quis tutor*, 60. *D. eod.* Quod si quis volens tutoris vel curatoris nomine usurpato, idest pro tutore, vel curatore negotiorumve gestore res pupillæ administraverit, placet, si sibi, filiove suo eam copulaverit, nuptias stare, nec ad exemplum tutorum eas infirmari. Verba sunt. *L. si quis tutoris*, *C. de interd. matrim.* Scilicet quia hic revera tutor non est, quem sua voluntas, non muneris necessitas administratorem fecit. Hinc quæsitum, an curatoris verbo hic accipi deberet etiam is, qui curator ventri, vel bonis datus esset. Et placuit debere. Nam & hic quas ad res datus est vere est curator, & hoc amplius datur invitus *d. L. pen. §. etsi quis*, *D. de rit. nupt.* de hoc genere curatorum diximus *Lib.* 3. *Cap.* 23.

XXIII. Est & tertium genus incommodi, quod ex nuptiis pariter metuatur tam in viro, quam in muliere: cui incommodo occursum sit Christianorum principum constitutionbus. Id incommodum est corruptela & contemptus veræ religionis, idest Christianæ. Quarum rerum periculum tunc maxime metuitur, cum aut Christiana mulier nubit Iudæo, aut Christianus Iudæam ducit. Satis enim scitur, quam Iudæi infensi sint & iurati hostes Christi, præter impias alias nationes omnes, & quam opinione falsæ religionis studeant alios omnes quoad possunt ad suam sectam traducere. Ut hinc per blanditias

ditias coniugales & consortium aliorum Iudæorum in marito Christiano; per vim autem mariti Iudæi, aut easdem illas blanditias, nec non sophisticen in muliere Christiana facile sequi possit aliqua doctrinæ & morum corruptio. Adde contemptum veræ religionis. Nam quæ Christiana se adiungit Iudæo, & qui Christianus Iudæam uxorem sibi adsciscit, declarat se religionem Christianam aut contemptui habere, aut non pluris faeere quam Iudaicam, cui per coniugium quodammodo se adiungit. Hæc ergo ne eveniant, idest ne per eiusmodi coniugium veniat in discrimen salus Christiani, neve per id traducatur nomen & **** *verbum Dei*: ideo interdictæ sunt severe eiusmodi nuptiæ, neque eius interdictionis aliam caussam reperio. Constitutio est Valentiniani, Theodosii, & Arcadii, quæ exstat in *L. 5. C. de iud. & cæl.* Eius constitutionis verba hæc sunt: *Ne quis Christianam mulierem in matrimonium Iudæus accipiat, neque Iudææ Christianus coniugium sortiatur. Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huiusmodi crimen obtinebit: libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata.*

XXIV. Atque hæ personæ sunt, cum quibus & inter quas superioribus de caussis nuptiæ contrahi certo prohibentur. Dubitatum est de iis mulieribus, quæ mortuo priore marito secundas nuptias ineunt, an non etiam his nuptiæ sint interdictæ intra annum, quo virum elugere moris est, ut si intra id tempus nupserint, nuptiæ non consistant: sunt, qui ita esse existiment, neque id temere propter edictum prætoris, quo ea quæ id fecerit, notatur infamia. *L. 1. D. de his qui not. infam.* & propter eas constitutiones, quibus sancitur hæc ipsa infamia, & aliæ insuper pœnæ in bonis ei mulieri prius delatis adiiciuntur; ut *L. 1. & 2. C. de sec. nupt.* Sed verius est, mulierem intra annum luctus impune non nubere iure civili; esse enim eas pœnas, quas modo dixi. Cæterum si nupserit, nuptias valere, & qui inde nascentur, legitimos liberos fieri. Verbum quidem Dei mortuo priore marito mulieri viduæ nubere alii cui velit, nominatim liberum facit. Sic enim Apostolus 1. *Corin. 7. 39. uxor*, inquit, *alligata est lege, quandiu vivit vir ipsius. Quod si obdormierit vir eius, libera est ad cui velit nubendum, tantum iu domino*. Quod interpretantes Hieronymus & Augustinus hanc libertatem pluribus verbis confirmant; ille, ut refertur in *C. aperiant*, 31. *Q.* 1. hic ut refertur, in *C. penult. & ult. ibidem*. Ac ne dubitemus istam libertatem etiam intra annum luctus ab Apostolo constitui, ratio eius ostendit, qui hanc libertatem alii nubendi inde adstruit, quod dicat uxorem, mortuo marito, non iam alligatam esse lege matrimonii. Unde colligit, liberam esse ad cui velit, nubendum. Idque ita accipiendum esse, bene responsis quibusdam Pontificum comprehensum est, ut *C. penult. & ult. de sec. nupt.* Et certe nusquam has nuptias interdici, aut non valere legimus. Constat autem omnia licere, quæ legibus non prohibentur. *L. mutus, §. 1. D. de proc. L. necnon, §. quod eius, D. ex quib. caus. maior. L. 1. §. 1. D. de testib.*

XXV. Neque vero has nuptias absolute prohiberi, idoneum argumentum est, quod quæ intra annum luctus nupsit, notatur infamia. Nam & qui artem ludicram exercent, eodem edicto notantur; *d. L. 1. de his qui not. inf.* neque ideo quisquam artem ludicram exercere prohibetur. Sed cur laboramus? Ipsæ illæ constitutiones, quæ infamiam hic probant, & alias pœnas adiiciunt, nuptias intra annum luctus a muliere contractas, vere nuptias, & iustas esse non obscure confirmant. Constitutiones hæ sunt, *L. 1. & 2. C. de sec. nupt.* Nam *L. 1.* eum cui mulier intra tempus luctui præfinitum nupsit, appellat *virum secundum*, neque eo contenta, etiam tertiam partem bonorum mulieris in dotem ei dari permittit. Quorum utrumque firmas hic nuptias cum secundo contrahi arguunt: quoniam nec vir, nec dos sine nuptiis & matrimonio intelligitur. *§. si adversus, Inst. de nupt. L. 3. D. de iur. dot.* Sed & *L. 2. C. de sec. nupt.* eum iubet eam quæ intra annum luctus secundo nupsit, amittere omnia, quæ de prioris mariti bonis consecuta est; priorem maritum nominans, aperte & secundum maritum esse significat. Itaque quod scribunt iidem Imperatores in *L. consensu, §. si vero caussam, C. de repud.* se mulieri viduæ post annum luctus nubendi permittere facultatem; non hoc significat ante id tempus eos non permittere simpliciter hanc facultatem: sed non permittere impune. Volunt enim, ut dixi, vale-

**** Supplenda si quis putet Donelli verba: post illa *Verbum Dei* ita poterit oratio ut sit integrior ex Catholica regula continuari: ne & Sacrosancta Mysteria, Sacraque ritus & cærimoniæ ex tradito verbo Dei acceptæ traducantur. vid. Bellarm. *de Controv. Christ. fid. Tom. I. Controv. 1. Lib. IV. Cap. 1. & 2. & seqq.*

valere nuptias, sed nihilominus pœnas adiiciunt, quibus declarent sibi nuptias non placere. Id quod faciunt in *d. L.* 1. & 2. *C. de sec. nupt.* Adeo autem ex verbis Apostoli, quæ supra retulimus, visum est mulierem solutam lege prioris matrimonii, posse cui velit etiam intra annum luctus nubere, ut nuptiæ consistant, ut iure Pontificio ei quæ id fecerit, etiam infamia remittatur, *C. pen. & ult. de sec. nupt.* Idque non absurda ratione, quod nihil sit turpe facto, quod verbum Dei regula totius integræ vitæ & morum nominatim fieri concedat. Nulla autem infamia esse potest, ubi abest facti turpitudo.

XXVI. De cæteris nuptiis secundis; id est tam iis, quæ a muliere ineuntur post annum luctus, quam quæ a viro statim post mortem prioris uxoris defunctæ: nulla controversia est, quin iure consistant, nec qui contraxerunt, notentur infamia. Sed tamen si ex priore matrimonio sint aliqui liberi; visum est secundas nuptias ita coerceri, ut bona a priore coniuge aut ab uno ex his liberis profecta certis conditionibus ad eos liberos redeant, nec possit pater materve in secundum coniugem plus transferre, quam uni ex liberis dederit. Sunt & alia quædam addita, quo liberis prioris matrimonii consuleretur, quæ melius ex ipsis constitutionibus de hac re scriptis petentur. Constitutiones hæ sunt, *L.* 3. & sequentes, *C. de secund. nupt.*

XXVII. Sunt ergo extra hos soli superiores, de quibus diximus, inter quos nuptiæ prohibeantur. Prohibitionis vim videamus. Quid enim, si qui hac prohibitione contempta inter se in nuptias coierint. Et sunt hic adversus rem illicitam pœnæ iure civili constitutæ, quarum aliæ adversus effectum rei gestæ constitutæ sunt, aliæ adversus factum ipsum, quanvis iure non valeat. Primum ergo ne quis hoc facto se quid assequi posse putet, de effectu eius hæc pœna denuntiatur omnibus, hic nuptias non contrahi; simul fieri, ut nihil eorum consistat, quæ sine nuptiis esse non possunt. Proinde neque virum, neque uxorem, neque dotem intelligi, nec liberos gigni legitimos, sed tales qui vulgo concepti habeantur. *§. si adversus, Inst. de nupt.* Hæc enim omnia fierent, si nec destinatione animi nuptiæ intervenissent. Pœna communis adversus ea, quæ contra leges fiunt, qua fit, ut quod eiusmodi est, pro infecto habeatur. *L. non dubium, C. de legib.* Sed ne quis rem effectu iuris carere facile ferens, in facto ipso sibi blandiatur, etiam adversus factum ipsum ultro pœna constituta est, ut omnes discant ab illicita sola coniunctione abstinere. Constituta autem pœna pro qualitate delicti alias gravior, alias mitior. Ac mitissima est ea, quæ adversus omnes illicitas nuptias generaliter constituitur, ut si qua dos in his, aut si qua donatio propter nuptias intervenerit, (adde etsi sit promissa. *L. si quis incesti*, 6. *C. de inc. nupt.*) non solum nulla sit dotis aut donationis repetitio, quod traditur in *d. §. si adversus, Inst. de nupt.* sed etiam tanquam indigno indignæve utrique ablata fisco vindicetur: nisi ætas, sexus, aut iusta ignorantia factum illicitum excuset. Cautum *L.* 4. *C. de inc. nupt.*

XXVIII. Accedit interdum infamia una cum extraordinaria coercitione. Quæ duo supra dixi statui adversus eum tutorem qui pupillam suam sibi vel filio suo iunxit uxorem *L. non est*, 66. *D. de rit. nupt.* Crescit pœna adversus incestas nuptias. De qua quidem cautum legimus constitutione Arcadii & Honorii, *L. si quis incesti, C. de inc. nupt.* Sed multis modis auxit Iustinianus *Novel. de inc. nupt.* 12. Atque ita constituit, ut mariti nuptias incestas contrahentis pœna sit, non solum dotis, sed etiam bonorum publicatio, cinguli privatio, exilium etiam, & si forte vilis persona est (qualis describuntur in *L. humilem, C. de inc. nupt.*) etiam corporis verberatio. Mulier autem, quæ se sciens iisdem nuptiis contaminarit, & ipsa in donatione propter nuptias, in bonis, in corpore eadem illa patiatur. Et hoc si ex præcedente licito matrimonio nulli sint alterutri legitimi liberi. Qui si erunt, cæteræ quidem pœnæ manent: una excipitur patris matrisve successio, quam ita dividi placet, ut pars quarta addicatur fisco; tres reliquæ ad legitimos istos liberos veniant; ea tamen lege, ut inde parentes alant; qui ut maxime noxii sint, inquit Iustinianus, parentes tamen sunt. Ex his autem incestis nuptiis susceptos liberos iubet, ut olim *d. L.* 2. *C. de inc. nup.* omni successione delinquentium parentum excludi. Bonis eorum fisco vindicatis. Hoc ille in ea *Novel.* 12. *de inc. nupt. §. si vero contigerit*, & deinceps. Unde Authentica, *incestas, C. de inc. nupt.* prope ad eamdem summam. Sunt autem incestæ nuptiæ, quæ inter parentes & liberos contrahuntur in universum: item quæ inter cognatos, & affines secus, quam licere supra diximus. Interdum illicitæ nuptiæ adulterium adiunctum ha-

habent. Quod accidit in polygamia. Eam enim quæ duobus maritis se iunxit, necesse est eum posteriore adulterium committere, quia priori nupta est, posterior autem non est eius maritus. Etiam id coniugium, quod initur inter Christianam & Iudæum, inter Christianum & Iudæam, in ea caussa habetur, ut placeat adulterii commissi vicem obtinere, cuius accusatio sit publica. Sic enim cautum est *L.* 5. *C. de ind. & cæl.* Quæ cum accident, succedet nimirum pœna gladii constituta lege Constantini, *L. quamvis, C. de adult.*

C A P. XX.

Inter quos nuptiæ contrahi possunt, inter eos solo consensu contrahi. Quis hic consensus legitimus.

Nuptias solo consensu contrahi. I.
Ideo subsistere sine thori coniunctione. II.
Item sine dote. III.
Item sine ullo ritu, & solemnitate. IV.
Præterquam si ritus ad fidem & religionem nuptiarum fuerint a publica lege constituti. V.
Patris, aut avi consensus iure Romanorum civili necessarius in filiorum nuptiis VI.
An & furiosi. VII.
An absentis. VIII.
An & præsentis, sed cum iniuria inviti. IX.
Veterum Canonum cum iure civili conciliatio tentatur. X.
Illorum refellitur opinio, qui matrimonium iure civili irritum confirmari aiunt per concubitum. XI.
Emancipati liberi; virgines seu viduæ sui iuris, patris consensum non desiderant in nuptiis. XII.
Hæ vero si adhuc intra annum sint quintum & vicesimum, licet emancipatæ, parentum aut propinquorum consensu opus habent. Interpretatio L. 18 & L. 20. Cod. de nupt. XIII. XV.
Differentiæ ratio. XIV.

I. PErsonis nuptiarum capacibus cognitis; quod reliquum erat ad nuptias contrahendas de legitimo consensu eorum, ad quos pertinet, consideremus. Ac primum hoc statuatur, quod supra posui, nuptias solo consensu contrahi. *L. nuptias, D. de reg. iur.* Quod tamen an verum sit, quia quædam dubium faciunt, age, paucis ea removeamus. Quibus remotis tum certo id ita esse quod dixi, statuemus.

II. Tria autem sunt, de quibus iure quæri possit, num aut omnia, aut certe aliqua ad consensum in nuptiis contrahendis accedere debeant, coniunctio thori seu concubitus; dos; ritus & festivitas nuptiarum. Coniunctio thori videri possit necessaria propter finem matrimonii, cum hunc finem esse dixerimus, ut soboles procreetur. Hoc ergo ne nos remoretur, nominatim removetur regula iuris his verbis, *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, d. L. nuptias, *D. de reg. iur. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & dem.* Frustra additum de concubitu, nisi de hoc ipso dubitatum esset aliquando, aut certe de eo dubitari posset.

III. Quid dos, an non saltem hæc in ea caussa est, ut sine ea matrimonium consistere non possit? Nam in *L.* 2. *D. de iur. dot.* scriptum est reipublicæ interesse, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. Quid hoc aliud est, quam sine his mulieres nubere non posse? proinde nec sine his esse posse matrimonium? Apertius in *L.* 1. *D. solu. matr.* dicitur maxime necessarium esse dotes mulieribus conservari ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem. Cur ad eam rem necessarium, nisi quia sine dote sobolem honeste procreare, idest nubere & matrimonium contrahere non possunt? Sed sciamus nec dotem ad contrahendas nuptias esse necessariam. Dos quidem sine matrimonio esse non potest; *L.* 3. *D. de iur. dot.* at potest esse matrimonium sine dote. *L. ult.* in princip. *C. de donat. ante nupt.* Nam quod dicitur dotes mulieribus conservandas, quo nubere possint, & sobolem procreare, non ad ius referendum est, sed ad hominum uxorem expetentium morem. Et hoc est: non eo dicitur, quasi mulieres sine dote nubere iure non possint, aut quasi si quis ultro indotatam uxorem duxerit, iure matrimonium non consistat, tanquam ius dotem exigat: sed quia non possint nubere facile, non cum velint, aut cum est commodum:

sæpe

sæpe etiam & hoc quidem frequentius, nunquam. Quod profecto perinde est, quasi non possint. Neque tamen id iure accidit, sed hominum voluntate, & more. Inter quos nemo facile reperitur, qui ducat indotatam, propter onera summa matrimonii, quæ marito sustinenda sunt. Quod si quis exsistet forte, qui indotatam ducere sustineat, non tamen hoc mulieri evenerit, quia potuerit sine dote nubere, sed quia maritus hoc illi sua sponte dederit, ut faceret, quod alioqui poterat non facere.

IV. Restat ritus & solemnitas nuptiarum. At saltem sine his nuptias non fieri dixeris. Ut enim omittam, quæ de his leguntur apud veteres; apparet certe cum ex verbis in uxore accipienda usitatis, tum ex certis locis iuris, veterem hunc & solemnem morem fuisse in nuptiis contrahendis, quem ante indicavi, ut nova nupta deduceretur in domum mariti, ubi illi pro uxore tradita acciperetur. Et fuit quidem is mos talis, ut quibusdam locis declaretur ex hac deductione primum nuptias initium cœpisse, nec ante contractas videri. Loci hi sunt, *L. 5. D. de rit. nupt. L. si cui, 19. D. de cond. & demonstrat.* Atque hinc etiam factum, ut uxorem ducere in usu iuris & veterum omnium dictum sit pro uxori iungi, & nuptias cum illa contrahere. Quem etiam morem fere apud omnes nationes observari videmus. Quid, quod festivitatis usitatæ nuptiarum ita mentio fit in *L. sancimus, C. de nupt.* ut ex ea festivitate eadem lex nuptiarum contractarum tempus æstimari velit, si quis in conditione aliqua nuptias nominaverit? Num igitur putamus hos quoque ritus ad contrahendas nuptias necessarios, ut his omissis non sint nuptiæ? Putaremus, nisi certis testimoniis, & constitutionibus id ipsum ex professo agentibus sciremus non esse necessarios, sed & sine his matrimonium consensu recte contractum intelligi. In quam sententiam sunt hi loci, *L. penult. D. de donat. int. vir. & uxor. L. si donationum, C. de nupt.* Quid ergo ad superiores illos locos respondemus? Nempe in re & voluntate certa non esse hos ritus necessarios, cum scilicet certis rebus, & minime dubiis testatum est iam nunc ita contractas esse nuptias, ut aliud non desideraretur. Quod si de voluntate contrahentium nihil amplius proponetur, quam eos velle celebrari nuptias, ibi deductionem ad nuptias pertinuisse intelligimus. Non quod præter consensum vellent veteres aliquid adhiberi amplius, sed quod intelligerent his rebus atque hoc ritu consensum declarari; ut semper in his omnibus unus & idem esset consensus. Sic & emptio contrahitur consensu. Et tamen si placeat inter emptorem & venditorem rem scriptis geri, non prius contrahitur emptio, quam scriptura confecta, & partibus approbata fuerit. *L. contractus, C. de fid. inst. Inst. de em. & vend.* in princ. Inde eveniebat, & nunc eveniet in nuptiis, ut eodem ritu adhibito, tanquam ex certo indicio nuptiarum, etiam nuptiæ contractæ arguantur. Quæ sententia est *d. L. cui fuerit, 15. D. de cond. & dem.* Sed & extranei cum alicuius nuptias futuras nominant, ad hanc solemnitatem & festivitatem cogitationem referre solent. Unde ex eorum sententia nuptiarum verbo eiusmodi solemnitatem & festivitatem Iustinianus accipi voluit. *d. L. sancimus, C. de nupt.* Cæterum, ut dixi, in voluntate certa contrahentium eiusmodi ritus non desiderantium, nihil eos ritus morabimur, sed statim contractas nuptias intelligemus.

V. Enimvero hoc ita erit, nisi si qui sint ritus, qui publicis legibus in nuptiis ad fidem & religionem nuptiarum sanciantur. De quo ex uniuscuiusque populi legibus & moribus æstimandum erit. Quo in genere videmus apud Christianos observari antiquum, & iam olim receptum morem, ut ante quam nuptiæ contrahantur, publicæ in ecclesia denuntiationes futurarum nuptiarum per vices fiant. Quod bene & salubriter comparatum est adversus clandestina matrimonia, ne binæ nuptiæ contrahantur ab eo, qui aliam uxorem fortasse alibi habeat, aut ante aliam sibi desponderit: neve fœminæ ignaræ decipiantur ab huiusmodi impostoribus, coganturque stuprum aut adulterium in se admittere. Quæ sic facile caveri possunt, si publice aliquoties & per intervalla aliquot dierum denuntietur, quæ sint, & inter quos futuræ nuptiæ: ubi quisque de conditione personarum scire possit, & apud se aut cum aliis explorare, num quid habeat, quo intercedat illis nuptiis. Sed & obtinuit mos pius, ut nuptiæ publice contrahantur in ecclesia, ubi præeunte ministro verbi Dei publicis precibus commendentur nuptiæ Deo, ut coniugibus bene & prospere cedant. Instituto ut laudabili, ita nuptiis in primis conveniente. Nam & Dei coniunctio est, ut indicat illud Christi quod supra retuli e *Matt. 19. quod Deus coniunxit, homo ne separet:* & præterea nulla pars vitæ cum pluribus & maioribus difficultatibus coniun-

iuncta est, quam ea coniunctio quæ perpetua futura est, & liberis susceptis onera oneribus cumulatura, si abest benedictio Dei. Hac autem accedente, quæ conciliatur publicis precibus, nihil ea coniunctione amabilius; ad difficultates vitæ huius sublevandas aptius; nihil denique ad omnem commoditatem & quietem honestam melius. Quid ergo de his ritibus iudicandum est, & quam ad nuptias pertinere putandi sunt? Et si quid in his servari iubetur publicis legibus, sciemus eo non observato matrimonium non contrahi, ut accidit in iis omnibus, quæ fiunt lege prohibente. *L. non dubium*, *C. de leg.* Sin autem * *nulla lege publica harum rerum observatio iniuncta est*, bonus quidem & honestus vir eas non omittet, quæ ad honestatem & fidem iusti matrimonii ita pertinent: præsertim cum in coniunctionibus recte præcipiatur non solum quid liceat considerandum esse, sed etiam quid bonestum sit. *L. semper*, 42. *D. de rit. nupt.* Verumtamen si qua necessitas, aut iusta causa nos eo detruserit, ut iis ritibus uti non possimus: sciemus in eo nobis liberas esse conscientias, ac sine his contractas consensu honesto & testato nuptias iustas esse. Idque etiam ex verbo Dei, qun istarum rerum observationem nullam imponi legimus. Quibus remotis iam res eo deducitur, ut certo constet quod proposui, nuptias ut aliam societatem omnem snlo consensu contrahi.

VI. Sed hic diligenter videndum, quorum consensu, ut efficiatur consensus legitimus is, quem hic quærimus. In quo notandum est singulare quiddam in nuptiis præter contractus cæteros. Nam in omnibus contractibus cæteris requiritur solum consensus eorum, inter quos obligatio contrahitur. In nuptiis primum quidem ipsos consentire oportet, inter quos contrabitur matrimonium; ut nec si in potestate sint patris, patre solo consentiente obstringantur nuptiis. *L. sponsalia*, *D. de sponsal.* L. nec filium, C. de nupt. *Sed hoc amplius exigitur etiam* ** *consensus eorum, quorum sunt in potestate* L. 2. L. nuptiæ, 18. *D. de rit. nupt. Inst. de nupt.* in pr. *Nec iniuria horum potius; quia ut maxime subtilitate iuris etiam post nuptias contractas maneant liberi in potestate patris: tamen re vera & facto ipso, qui contraxit, quodammodo subducitur patris potestati, & transit in aliam domum*. Filius quidem, dum incipit habere uxorem, cui & natura ipsa, & nominatim verbo Dei iubetur adglutinari, ac propter hoc etiam relinquere patrem & matrem suam. *Mat.* 19. 5. incipit & habere liberos, quibus imperet. Uxor autem dum incipit esse in domo, atque in officio mariti: *L. sicut*, 48. *D. de oper. libert.* iubetur eum sequi, & ei subiecta esse, ut Domino. *Eph.* 5. 22. *Hanc subductionem potestatis paternæ iniuriosam esse, eoque invito patre non esse concedendam liberis recte placuit*.

VII. Quod tamen non esse perpetuum. Hactenus enim æquum visum est consensum parentis exigi, dum ne iusta aliqua caussa suadeat eum non desiderari. Quod tribus casibus accidit. Primus est, si parens furiosus sit, aut mente captus. Frustra enim expectetur consensus eius, quem constet natura consentire non posse. *L. si nepos*, 9. *D. de rit. nuptiar. L. si furiosi*, *C. de nupt.* Hic tamen iniicitur temperamentum liberis furiosi nuptias contracturis, ut si quidem pater, cuius in potestate est filius, furiosus sit, adhibeatur avi auctoritas; quanvis uxorem ducturus non sit in eius avi potestate, puta ex emancipato natus. Aut si furiosus sit avus, cuius in potestate est nepos uxorem ducturus, adhibeatur auctoritas patris, quanvis filius non sit in eius potestate, quoniam furore paren-

* Commodissime Donellus publicæ legi asseverate confirmat eam vim atque auctoritatem in constituenda solemni contractus matrimonii forma, ut hac minime custodita, nullum contrahi possit, & appellari matrimonium. Sed quam ille dissimulat, aut ignorat in rem nostram, liceat Catholico cuique publicam eiusmodi legem agnoscere & revereri eam: quam & antiqui Ecclesiæ Canones, & novissime Tridentini Patres sancivere gravissimo illo decreto: quo, ut permultis animarum & Christianæ Reipublicæ damnis, & Sacramenti violationi præterea occurrerent, liberiores Christianorum conscientias, tanquam validiore fræno cohibuere: dum iussere contractum matrimonii nullum & per se irritum esse, nisi contrahentium consensus esset coram Parocho & duobus testibus aperte declaratus. Quorum de auctoritate & totius Ecclesiæ potestate in his quæ ad Sacramentorum administrationem pertinent, nefas Catholico viro dubitare. Vid. Concil. Trident. *Sess.* 24. *Cap.* 1. *de Reform.* Cl. Laurent. Berti *Lib. cit. Cap.* 7. *Prop.* 2. Emman. Gonzal. *in Comment. Cap.* 3. *de Clund. desp.* Van-Espen. *Iur. Eccl. Univ. P.* 2. *Tit.* 12. *Cap.* 5.

** Patris Consensus in filiorum nuptiis est honestatis dumtaxat, ut nostri loquuntur, non necessitatis; & a filiis es officio pietatis impetrandus, non iure summo. Quare inutilem, meo quidem iudicio, operam sumit Donellus, dum hic patriæ Romanorum potestatis iura tueri, eique proinde uti bono ac æquo, seu natura fundatæ iniuriosum esse liberum in filiis nuptiarum votum conatur ostendere. Illam namque immodicam potestatem ex iure civili totam, non a iure naturæ aut divino profectam nemo sit illorum, qui de iure naturæ aut divino scripserunt, quin libere affirmet, & profiteatur. Æquissimo igitur atque optimo iure Tridentini Patres potestatem illam patriam a filiorum cervicibus, ubi liberæ nuptiarum optioni contrariam repellunt; qui etsi matrimonia invitis parentibus contracta, qua parte filiorum officio, & debito parentibus obsequio contraria, detestantur: ea nihilominus & iubent esse rata; & a parentibus irrita effici, nullo modo posse, severissima proposita sanctione decernunt. Vid. Concil. Trident. *Sess.* 24. *Cap.* 1. *de Reform.* Emman. Gonzal. *in Comment. Cap.* 1. *de Desponsat. impub.* Covarruv. *de Matrim. P.* 2. *Cap.* 3. §. 8.

parentis patria potestas in liberos non amittitur, *L. patre, D. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Utrum autem horum factum erit, placet sufficere ad nuptias contrahendas. *d. L. si nepos, 9. de rit. nupt.* Quod si liberis unus tantum parens est is, qui est furiosus: hic fit locus ei temperamento, de quo cautum est in *d. L. si furiosi, C. de nupt.* Ut liberi furiosi adeant magistratum, aut Episcopum loci, quorum auctoritate & de opinione personarum, & de moderatione dotis, itemque donationis propter nuptias constituatur præsentibus curatoribus furiosi, & iis qui ex genere eorum sunt nobiliores: hac lege, ut hic gratis omnia procedant.

VIII. Secundus casus est, si ita absit pater, ut consensus eius haberi non possit. Quod accidit, si sit captus ab hostibus; aut ita absit, ut ignoretur ubi sit, & an sit. Quo casu ius ita temperatum est de consensu patris in nuptiis, ut iubeantur liberi triennium exspectare, an pater redeat: si intra id tempus non redeat, libera his fiat potestas matrimonii contrahendi. *d. L. si nepos. 9. §. ult. L. si ita, seq. D. de rit. nupt.* Sed & intra id triennium si liberi absente patre matrimonium contrahant, placet recte contractum videri, dum eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat, cuius conditionem certum sit patrem repudiaturum non fuisse. Hoc in *L. si filius, 11. D. de rit. nupt.* Finge patrem ante discessum aut captivitatem de iisdem personis egisse; aut esse persona ex familia vel amica, vel honesta & pari, aut etiam superiori. Quales conditiones ab homine non stulto repudiari non solent.

IX. Tertius casus est, si pater præsens nuptiis filii forte aut filiæ oblatis, & quæ his placeant, repugnet iniuria, quominus contrahantur. Quo casu non continuo permittitur contempta voluntate patris aut filio ducere uxorem, aut filiæ nubere: sed per magistratum, qui summam in iurisdictione potestatem habet, res transigenda est. Adibunt igitur liberi magistratum, qui si cognoverit non esse conditionem eiusmodi quæ repudiari debeat, coget patrem consentire, atque ita collocare. *L. capite, 19. alias qui liberos, D. de rit. nupt.* Cogendi ratio expedita, magistratus re cognita faciat potestatem matrimonii contrahendi. Quo facto nuptiæ recte contrahentur quasi consentiente patre. Videri enim debet consentire pater qui declaratur nulla dissentiendi caussam habere. *arg. in L. dotem, 37. D. sol. mat.* Sed etsi invito patre id fieri quis existimet: tamen si iuste possidet, qui auctore prætore possidet, ut certe possidet; *L. iuste, 11. D. de acq. poss.* recte dicemus etiam eum recte uxorem habere, qui auctore prætore habet, si modo magistratus sententiam secundum leges tulerit, ut hic fieri modo diximus.

X. Quod si pater præsens erit, ignorante eo, aut invito secus quam diximus, nuptiæ contrahi non possunt ab iis, qui sunt in eius potestate. Quid si contra liberi coierint? Sequitur, ut nullæ sint nuptiæ, &, ut est apud Iustinianum, ut neque vir, neque uxor, neque dos intelligatur. *§. si adversus, Inst. de nupt.* Sic enim est, ut supra dixi, pœna generalis constituta adversus ea, quæ contra leges fiunt, ut facta pro non factis habeantur. *L. non dubium, C. de legib.* Non mutatur hæc sententia ne iure Pontificio quidem. Nam illa, quæ præcipue videntur adversari, plane non obstant: *C. sufficiat, 27. q. 2. C. cum caussa, de raptor.* In *C. sufficiat.* ita scriptum est: *sufficiat secundum leges consensus eorum, de quorum coniunctione agitur.* Recte *secundum leges:* quæ verba rem expediunt. Quis est enim contrahentium consensus secundum leges, nisi hic ipse, de quo diximus, cum scilicet contrahentes accedente consensu eorum, quorum in potestate sunt, nuptias contrahunt? Nam hunc consensum leges exigunt. *Inst. de nupt.* in pr. Et quanvis non adiiceretur illud, *secundum leges*; tamen idipsum intelligi oporteret. Nam & regula iuris civilis idem definitum est pæne totidem verbis, *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.* Et tamen hoc omnes citra controversiam ita accipiendum intelligunt, dummodo extra consensum, de quo regula complectitur, cætera interveniant, sine quibus nuptiæ ex præceptis legum contrahi non possunt; in quibus est unum de consensu parentum. Alioqui si verba captare volumus, dicendum erit solum consensum sufficere ad nuptias contrahendas etiam inter parentes & liberos. Quod est absurdum. In *C. cum caussa, de raptor.* scriptum est consensu filiæ & viri nuptias contrahi, quanvis parentes filiæ repugnent. Hoc de parentibus scriptum est generaliter. Excipitur alibi ex eo genere species parentum, nempe eorum, qui liberos in potestate habent. *Inst. de nupt.* in pr. *d. L. 2. de rit. nupt.* Hanc speciem ex illa generali definitione eximi oportet, quandiu nihil erit, quod refragetur; idque efficit regula iuris, *In toto iure generi per speciem derogatur.* L. in toto iure. *D. de reg. iur.* Sed ne anxie laboremus in dissolvendis decretalibus

libus epiſtolis Pontificum, quæ forte ſuperiori ſententiæ iuris civilis adverſari videbuntur: hanc regulam tenere debemus in omnibus: quæ bonis legibus publicis conſtituta ſunt, *ea* *** *nullis decretis Miniſtrorum verbi infringi aut mutari poſſe. Quinimo ipſi Miniſtri in primis legibus illis bonis ſubiiciuntur ex præcepto Apoſtoli, quo iubetur omnis anima ſubiecta eſſe poteſtatibus ſupereminentibus: & adiicitur Dei ordinationi reſiſtere omnem, qui ſe poteſtati & magiſtratui opponat.* ad Rom. 13. *Quod præceptum aliis tradens Apoſtolus in primis ſibi ipſi dixit, & præcipue ad ſe pertinere oſtendit, ut in eo obſervando aliis exemplo ſuo præluceret. Ergo & eum dicit reſiſtere Dei ordinationi, qui ſe opponit Magiſtratuum & Principum bonis legibus, quæ ſcilicet aut verbo Dei conſentiant, aut non adverſentur. Nam in legibus eſt imperium & auctoritas Magiſtratus. At lex de conſenſu parentum adhibendo in nuptiis liberorum qui in poteſtate ſunt, non modo non pugnat cum verbo Dei, ſed etiam prope videtur ex eo verbo expreſſa. Nam lex Dei vetat nunquam ſuum adimi illo præcepto,* Non furtum facies: *Iam autem dixi nuptiis quodammodo liberos ſubduci poteſtati patris. Præterea eadem lex ſuperior, quæ eſt de parentum conſenſu, pertinet ad honorem parentibus debitum his aſſerendum. Hic honos inter ea præcepta divinæ legis, quæ ſunt de proximo, primo præcepto ſancitus eſt,* Honora patrem & matrem. *Quare legem ſuperiorem de conſenſu parentum aut voluerunt mutare Pontifices, aut ſi voluerunt, certe non potuerunt. At enim Chriſti præceptum eſt* Matt. 19. *quod Deus coniunxit, homo ne ſeiungat. Sed ut iam admonui, non intelliguntur coniungi a Deo, qui adverſus bonas leges, id eſt adverſus ipſam ordinationem Dei, ut vocat Apoſtolus, coniunguntur. Vel ut verius dicam, qui iunguntur adverſus ipſiſſimum illud præceptum Dei,* honora patrem & matrem. *Manebit igitur ſiue conſenſu parentum, quorum in poteſtate ſunt, qui contrahunt, nuptias contractas non eſſe nuptias, ſed illicitam coniunctionem.*

XI. Quid tamen, ſi concubitus ſit ſecutus? Sunt, qui putent confirmari prius matrimonium, moti verbis *C. cum multa, de raptor.* Quia illic dicitur, poſt matrimonium carnali copula perfectum, uxorem corporis ſui poteſtatem non habere: quaſi matrimonium quod ante non valuit, carnali copula ſecuta incipiat valere. Sed neque id verba ſuperiora ſignificant, & ſententia per ſe non ſolum falſa eſt, ſed etiam abſurda. Falſam quidem eſſe, ſi nihil aliud, certe reſponſum Pauli non obſcure probat, quod extat in *L. Paulus reſpondit. D. de ſtat. hom.* Sic ait: *eum qui vivente patre & ignorante de coniunctione filiæ conceptus eſt, licet poſt mortem avi natus ſit, iuſtum filium ei, ex quo conceptus eſt, eſſe non videri.* Si non eſt iuſtus filius, qui ex hac coniunctione natus eſt, non fuerunt hæ iuſtæ nuptiæ. Quoniam ex iuſtis nuptiis naſci non poſſunt, niſi iuſti liberi, id eſt ii, qui ſint in poteſtate patris, aut avi. *Inſt. de patr. pot.* Cum autem loquitur Paulus de eo, qui ex eadem illa coniunctione natus eſt, ſatis declarat ne concubitu quidem ſecuto nuptias illas illicitas confirmatas fuiſſe; cum ſine concubitu liberi exſiſtere non potuerint. Quod ſi res ratione penditur, reperietur ſententia illorum contraria non tantum falſa, ſed etiam abſurda. Argumenta hæc ſunt. Primum abſurdum eſt eum, qui peccavit, ad eam rem confirmandam in qua peccavit, novo peccato adiuvari. Quinimmo cum lex ſit delictorum coercitio, *L. 1. D. de leg.* quo plura & contumacius quis delinquit, eo maiore odio & pœna dignus eſt. At

*** In Canonum explicatione, qui patriam Romanorum poteſtatem convellunt & eliminant a nuptiis, dum minus ſibi placet Donellus, eo venit audaciæ Calvino uſus præceptore, ut Canonum conditores per ſummum dedecus & contumeliam e gradu deiiciat, & tamquam puros putoſque verbi Dei præcones & miniſtros producat. At quam iniuria, quam temere, nemo non videt qui & ſacrarum literarum & Eccleſiaſticæ antiquitatis ſit vel mediocriter peritus. Cum & divini iuris, & omnium qui illud interpretantur veterum patrum & Theologorum teſtimonio receptum ſit, D. Petro, eiuſque ſucceſſoribus Romanis Pontificibus legum ferendarum in iis quæ ſacrorum religionem & animarum ſalutem ſpectant, ſummam a Chriſto Domino traditam poteſtatem. Bellarm. *de Rom. Pontif. Controv.* 3. *Lib.* 4. *Cap.* 15. Dionyſ. Petav. *de Eccleſ. Hierarch. Lib.* 3. *Cap.* 14. *& ſeqq.* Et matrimonii contractum ad Sacramenti dignitatem a Chriſto Domino evectum Catholicorum nemo dubitet. Hinc facile apparet quam merito, & iure ſuo conditores Canonum Romani Pontifices, & Tridentini Patres rata eſſe voluerint adverſus Romanas leges filiorum matrimonia contracta parentibus invitis. Qua in re, ut de illorum poteſtate modo taceam, ſi recta ratio & divina auctoritas conſulatur: nihil decrevere quod non ſit & naturali & divino iuri probatum quammaxime: ut omnes qui de iure naturæ aut divino ſcripſere (quod ſæpius dicere neceſſe eſt) conſentiunt viri doctiſſimi. Summa ideo Donelli confidentia, qui Romanarum legum obedientiam velit impoſitam Romanis Pontificibus D. Pauli teſtimonio, quo iniquiſſime, & Calvino præceptore peius abutitur. Bellarm. *Loc. cit.* §. *ſextus locus eſt.* Nec melius fere atque felicius aliis duobus utitur in rem ſuam teſtimoniis ſcripturarum: quorum alterum, ut ex ſuperius dictis apparet, nihil pertinet ad rem; alterum parentibus ubique deberi reverentiam ut in omni re, ſic in nuptiarum ineundo fœdere iubet quidem: at cui naturalis & divini iuris interpretum probabit Donellus hoc filiorum in parentes officium, ea Romani iuris neceſſitate concludi?

peccat filius tunc, cum ignorante aut invito patre, cuius in potestate est, nuptias contrahit: facit enim contra præcepta legum. Idem cum in eadem coniunctione citra voluntatem patris perseverans addit concubitum, is peccatum prius novo peccato cumulat. Nam & hic contemptus voluntatis paternæ idem est, & ipse concubitus extra iustas nuptias non potest, quin sit illicitus. Absurdum igitur eum hoc concubitu ad stabiliendas nuptias illicitas adiuvari. Sit & hoc argumentum. Quæ ab initio illicitæ nuptiæ fuerunt, necesse est perpetuo ita sint, nisi aliquo facto postea confirmentur. At plusquam absurdum est dici re illicita & quæ per se non valet, aliam & præsertim illicitam confirmari. Nam quomodo potest res ulla alteri rei dare, quod ipsa in se non habet? non potest, *arg. in L. nemo plus. D. de reg. iur.* Illicitæ autem nuptiæ sunt, quæ sine consensu patris, qui filium in potestate habet, sunt contractæ; illicitus & is concubitus, qui præter eiusdem patris voluntatem secutus est. Absurdum sit igitur dici, quæ nuptiæ ante illicitæ fuerunt, concubitu illo illicito secuto fieri licitas. Postremo *quæ res hic ab initio iniustas nuptias faciat, spectandum est. Hæc* **** *caussa est. Quod nuptiæ contractæ sunt invito aut ignorante patre.* Necesse est igitur quamdiu hæc caussa perseverabit, prohibitioni & pœnæ legis locum esse. Atqui concubitus invito & ignorante patre secutus tantum abest, ut caussam istam prohibitionis mutet, ut novo delicto & contumacia etiam augeat. Quapropter non potest dici nisi absurde, caussa prohibitionis manente prohibitionem legis perseverare ad infirmandas nuptias: eadem caussa novo delicto conduplicata legis prohibitionem cessare, & fieri licitas nuptias. Denique si simpliciter dicendum est, neque consensus, neque concubitus per se, neque etiam hæc coniuncta nuptias faciunt, nisi secundum præcepta legum contrahentes coeant. *Inst. de nupt.* in pr. In his autem præceptis est unum de consensu parentum adhibendo, quorum in potestate sunt liberi. Adversus quod faciunt, qui sine horum consensu nuptias contrahunt: neque hoc mutant, qui sine eorundem consensu concubitum adiiciunt. Proinde utcumque liberi id faciant, nuptiæ non erunt: quia semper verum sit hoc modo adversus superius præceptum factum esse. Non obstat, quod in *d. C. cum caussa. De raptor.* dicitur, matrimonium carnali copula perfici. Dictum enim id est de matrimonio, quod ab initio valuit, ut vere contractum diceretur: sed quod contractum tunc recte dicatur plene perfici, cum superior copula secuta est. Quomodo emptionem perfectam dicimus, cum pure de re vendita & pretio convenit, dum scilicet obligationem spectamus, quæ tunc vere contracta est. *L. necessario, D. de peric. & com. rei vend.* Eandem rursum dicimus impleri & perfici, cum res traditur: dum hic non obligationem, sed obligationis effectum consideramus. *L. si quis alienam, 46. D. de act. empt.*

XII. Quid, si liberi parentes habebunt, sed quorum in potestate non sint, vel quia sint emancipati, vel quia eos habeant, quorum potestas nulla est in liberos, ut matrem, avum maternum, & similes? Et animadvertendum est hic aliud servari iure civili in filiis, aliud in filiabus. Filius qui sui iuris est, etiam sine consensu patris, multoque magis matris, uxorem ducere potest. *L. filius emancipatus. 25. D. de rit. nuptiar.* Nihil contrarii est in *L. viduæ, & L. in coniunctione, C. de nupt.* in quibus & patris, qui filiam in potestate non habet, & matris consensus exigitur. Nam illæ diserte scriptæ sunt de filiabus, quod ius ad masculos non pertinet, ut mox dicetur. Si filia est, & annum vicesimum quintum excessit, eadem in hoc sexu atque ætate libertas matrimonii contrahendi, quæ in filiis emancipatis, ut sine consensu parentum, quorum in potestate non est filia, recte nubat, sive sit vidua, sive virgo. Id ostendunt *d. L. viduæ, & d. L. in coniunctione, C. de nupt.* Nam cum his locis vetentur nominatim minores annis viduæ & virgines sine consensu nubere; satis intelligitur, cæteris quæ eam ætatem excesserunt, quibus id ademptum non est, liberum relictum videri. *arg. in L. qui testamento, 20. §. mulier, D. qui test. fac. non pos. L. mutus, 43. §. 1. D. de proc.* Quod si filiæ consistent intra vicesimum quintum annum, hæ sine consensu parentum, etiam quorum in potestate non sunt, nuptias contrahere non possunt. Confirmat Accursius in supra scriptis omnibus locis, in quibus de hoc consensu agitur.

XIII. Dissentiunt cæteri, existimantes quod contra scriptum videtur in *d. L. viduæ, & d. L. in coniunctione*, consilium esse, non præceptum. In quo si dicendum est quam mollissime, nihil aliud dici potest,

**** *Vid.* 2. & 3. Asterisc. *huius* Cap. ibique notata.

poteſt, quam eos non ſatis attente legiſſe aut expendiſſe locos illos, quibus aperte contra conſtitutum eſt. In *L. viduæ*, nominatim prohibentur viduæ etiam emancipatæ, ne in ſecundas nuptias (nam viduæ in alias non poſſunt) conveniant ſine patris ſententia, ideſt ſine arbitrio & voluntate, & explicatur in *d. L. coniunctione*. Proinde ſi ſine voluntate patris nuptias contraxerint, contra legem faciunt. Nam contra legem fit, cum id fit, quod lex prohibet. *L. contra*, *D. de legib.* Quidquid autem contra legem, nullius momenti, & pro non facto eſt, *d. L. non dubium*, *C. de legib.* Ergo & eiuſmodi nuptiæ pro infectis, ideſt nullæ. Hoc amplius adiicitur in *d. L. viduæ*, ſi plures conditiones offerantur filiæ. Filia unam probet, pater aliam. Et ita in eo delectu mulieris voluntas repugnet patris ſententiæ, placere habendo examini adiungi auctoritatem cognitionis iudiciariæ. Non eſt hic conſilium, ſed iubetur adiungi auctoritas magiſtratus. Quod plane eam ſignificationem habet, ut niſi magiſtratus re cognita quid filiæ expediat, poteſtatem ei fecerit eum maritum ſequendi, cui pater repugnat, filia ei nubere non poſſit. Nam ſi per ſe ſola poſſet maritum ſequi, quem vellet, fruſtra ad eam rem requireretur auctoritas iudicis. Et quod de viduis minoribus initio illic ſcriptum eſt, idem paulo poſt dicitur ſancitum eſſe in virginum coniunctionibus. Sancitum merito: minus enim iuris eſt virginibus, & plus pudoris, quam viduis, quæ iam ante aut matres factæ ſunt, aut ita nupſerunt, ut matres fieri poſſent. Idem conſtitutum in *d. L. in coniunctione*, *de nupt.* ubi hæc verba ſunt. *Si ſui iuris puella ſit intra quintum & vigeſimum annum conſtituta*, *ipſius quoque* (patris) *aſſenſus exploretur*. Cum alicubi iubetur explorari voluntas aut conſenſus alicuius, id eo pertinet, ut ſine eius conſenſu nihil agatur. *L. in adoptionibus*, 5. *D. de adopt.* Ibidem adiicitur & de matris conſenſu, ut ſi puella *patris auxilio deſtituta ſit*; *matris & propinquorum*, *& ipſius quoque requiratur adultæ iudicium*, ideſt voluntas. Iubentis hæc ſunt, ſine dubio, non conſulentis. Nam primum imperandi verbo ait lex, requiratur iudicium. Deinde vult eodem complexu orationis requiri matris iudicium pariter & filiæ. At conſtat ſic filiæ conſenſum requiri, ut ſine eo nullæ ſint nuptiæ. *L. ſponſalia*, *D. de ſponſ.* Idem igitur eodem verbo in perſona matris exigi intelligamus, ut ſine eo filia minor nubere non poſſit.

XIV. Nihil hic adverſatur, quod de filio emancipato ante diximus ex *L. filius emancipatus*, 25. *D. de rit. nupt.* filium emancipatum etiam ſine conſenſu uxorem ducere poſſe. Apparet enim his locis conſulto diſtinctos eſſe in hac coniunctione maſculos a fœminis, & in fœminis ipſis aliam cauſſam habitam eſſe minorum, aliam maiorum. Si quis differentiæ rationem requirit, complures reddi poſſunt. Primum illud certi iuris, in multis iuris noſtri articulis deteriorem eſſe conditionem fœminarum, quam maſculorum. *L. in multis*, *D. de ſtat. hom.* Quo in numero hanc diſtinctionem haberi oportet. Præterea hoc ius in virginibus & viduis minoribus multa ſuadent præter honorem parentibus debitum; pudicitia ſexui congruens, ut ei tribuitur in *L. 1. §. 2. D. de poſt.* cui non convenit in illa ætate maritum repetere pro libidine, ſed recte oblatum ſequi auctoribus iis, qui in rem eius melius conſulunt. Deinde imbecillitas duplex, ſexus & ætatis. Sexus; propter quem fœminæ etiam maiores iuvantur ſenatuſconſulto interceſſionibus. *L. 2. §. 1. D. ad ſen. Vell.* Ætatis; propter quam omnibus minoribus lapſis ſuccurritur. *L. 1. D. de min.* Non eadem ſunt in maſculis quanvis ætate minoribus. Ideo non mirum ſi hæ perſonæ in hac re ita diſtinguantur.

XV. Adverſus has leges ſi nubet filia, probandum eſt in ea coniunctione, quæ fiat contra præcepta legum, *eundem* ***** *exitum eſſe nuptiarum, quem eſſe diximus, cum liberi adverſus eadem præcepta coeunt ſine conſenſu parentum, quorum ſunt in poteſtate*. Atque hi ſunt, quorum conſenſus in nuptiis contrahendis exigitur. Qui cum intervenerit, hic demum eſt conſenſus legitimus, quem hic quærimus, idem ille, quo nuptiæ perfici dicuntur regula iuris. *d. L. nuptias*, *D. de reg. iur.* Et recte dicuntur, dum de conſenſu ſolo quæritur, non de perſonis contrahentium, de quibus ante diximus.

Tom. III. Ppp 2 CAP.

***** Hoc utique de iure civili; ſed contra decernitur a iure canonico; cui omnino ſtandum eſt. Vid. huius Cap. 2. & 3. Aſteriſc. & quæ ibi ſunt adnotata.

C A P. XXI.

Nuptias sic contractum esse, ut quemadmodum ex reliqua societate inter socios, sic ex nuptiis inter virum & uxorem rerum communicatio, & obligatio mutua nascatur. Quæ hæc communicatio, quæ obligatio, & quas præstationes hæc habeat. Quæ harum obtinendarum ratio & actio.

Ex nuptiarum contractu veram oriri obligationem. I.
Eamque positam in perpetua vitæ consuetudine, & in officiorum coniugalium mutua præstatione, II.
Perpetua vitæ consuetudo quo iure constituta inter coniuges; & quatenus eam retinere cogantur, si renuant. III.
Qui a coniuge divertens, alii se coniungit, adulterii crimen & pœnam incurrit. IV.
Mutui coniugum officii præstatio aut in corporum, aut rerum coniunctione consistit. V.
Coniunctio corporum divino nuptiarum instituto maxime consentanea; quomodo fovenda. VI.
Quæ sacrorum communicatio coniugibus apud Romanos. VII.
Communio rerum inter coniuges implicatior, posita in dignitate mariti & in externis coniugum bonis. VIII.
Qualis in dignitate seu statu mariti. IX.
Item quæ uxoris, seu mariti communio in externis utriusque bonis. X. XI.
Alimenta vir inopi uxori, & uxor inopi marito præstare debet: & quare. XII. XIII.
A quo cogendi, si officium deserant. XIV.
Propria uxoris præstatio, obsequi viro. XV.
Nulla nec divino nec civili iure viro permittitur uxoris verberatio. XVI.
Sed inobsequenti uxori præmittenda monitio, & contumaci alimentorum neganda præstatio. XVII.
Contrariis occurritur. XVIII.

I. Nuptiis contractis inter quos, & quo consensu fieri oportet, quibus de rebus diximus; deinceps de obligatione huius generis, si modo est aliqua cognoscendum est. Et si nuptiæ sunt societatis species, si denique sunt contractus, ut esse diximus: etiam perfectæ suam obligationem habent, quæ inde nascatur. Sic enim ex contractu dicitur nasci obligatio, in §. *ult. Inst. de obligat.* ut hac caussa posita necesse sit effectum sequi, obligationem. Et retro hoc eveniat, ut detracta alicui obligatione, inde quoque contractus recte removeatur. Ergo ne quid hic desit ad contractum huic generi recte tribuendum, etiam ex hoc contractu obligationem esse, & quæ sit, quidve contineat, doceamus. Idque eo diligentius, quod ut supra dixi, plerique ex nuptiis ullam obligationem nasci negent. Quo posito recte concluditur nuptias contractum non esse. Id autem sic efficiunt. Quærunt enim, quæ res subsit in hoc contractu, siquidem ita appellare liceat, quam inter coniuges præstari necesse sit. Et recte quærunt. Nam sine re, quæ ab uno solvi alteri & præstari debeat, nulla est obligatio: si quidem ea recte definitur, vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ. *Inst. de oblig.* in pr. Sed & obligationum substantia in eo consistere dicitur, ut alium nobis obstringat ad aliquid dandum, vel faciendum, vel præstandum. *L. 3. D. de obl. & act.* Quærunt ergo, ut dixi, ubi & quarum rerum sit ista præstatio. Quam quia negant se ullam hic videre, ideo hinc ut obligationem sic & contractum removent. Nos ergo & hoc doceamus, veram hic obligationem contrahi, idque vel hoc ipso, quod obligatio sit ad aliquid faciendum, præstandum; & ab hac præstatione non tantum obligationem hic subesse, sed etiam obligationis genus agnoscamus.

II. Est vero inter coniuges mutua obligatio nuptiarum nomine ex consensu suscepta, non aliter quam inter rerum socios huius ipsius societatis iure. Consistit ea obligatio duobus his in rebus summis: in convictu interiore, eoque perpetuo, & in officiorum coniugalium mutua præstatinne. Primum nuptiarum munus & finis est, ut sit inter coniuges convictus idem, quem

quem nostri vitæ consuetudinem & consortium vitæ appellant, *Inst. de patr. pot.* in pr. *L. 1. D. de rit. nupt.* Finis eo pertinens, non ut in eo consistatur, sed ut sit ab initio constitutum id, ex quo cætera officia coniugalia sequuntur, de quibus mox. Neque hic convictus, atque hoc consortium vitæ per nuptias constituitur ad tempus; sed hoc agitur, ut consortium sit perpetuum, nec unus unquam ab altero discedat. De qua perpetuitate satis diximus in definitione nuptiarum supra huius *Lib. C.* 18.

III. Et ut hic iure civili deficeremur, quod secus est: tamen ea indivulsa & perpetua coniunctio, satis iam tum monui, statuitur verbo Dei. De qua sic Christus *Matt.* 19. 4. 5. 6. *Non legistis opificem ab initio fecisse masculum & fœminam; & dixisse, propter hoc relinquet homo patrem & matrem suam, & adglutinabitur uxori suæ: & qui duo fuerant, erunt una caro? Itaque non amplius sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit: homo ne seiungat.* Clarius etiam Paulus in hanc sententiam 1. *Cor.* 7. 10. & 11. ita præcipit: *uxor a viro ne discedito: & vir uxorem ne dimittito.* Quod cum tam aperte iure divino sancitum sit, sciamus adversus id nullas leges humanas valere. Ita plane hoc iure coniunctionem hanc atque hanc consuetudinem vitæ fieri eam quam Iustinianus dicit, individuam: quam Martianus vocat *consortium omnis seu totius vitæ.* Nec minus eodem iure efficitur, maritum obligatum esse uxori, & uxorem marito ad hanc consuetudinem, & coniunctionem vitæ invicem præstandam. Satis enim obligamur ad aliquid præstandum, cum iure præstare iubemur. *L. obligamur*, 52. *D. de obl. & act.* Quod si hic quæritur, quæ sit res, quæ hic præstari debeat, & quæ sit necessitas præstationis, quorum utrumque obligationis definitio exigit; *Inst. de obl.* in pr. Utrumque in promptu est. Res præstanda est factum illud, quod alterum alteri in hac re præstari oportet. Id autem est, ut si alter ab altero discedat, ut seorsim abeat; hic uxor ad maritum redire, & maritus uxorem ad se recipere debeat. Scimus autem obligationem non tantum in eo esse, ut quid detur, sed etiam ut quid fiat, ut in omni versetur aut res, aut factum. *L. 3. D. de obl. & act. §. ult. Inst. de verb. oblig.* Necessitas autem huius præstationis hæc, ut uterque alteri superiora præstare per [1] magistratum cogatur. Nam & alias, cum iubetur pater, filiam quam in potestate habet dotare, adiicitur, si id non faciat, nullam quidem ordinariam de eo inter tam coniunctas personas actionem esse: sed tamen patrem per proconsules, præsidesque provinciarum cogi dotare. *L. capite, 19. D. de rit. nupt.* Quod & in hac specie probandum est, ne frustra ius istam consuetudinem exigat. Quæ ergo hic cogendi ratio? Utetur nimirum magistratus remediis suis ad cogendos inobedientes cives comparatis. Iubebit eum eamve, qui, quæve discessit, ad coniunctionem veterem redire. Nisi paret, multam dicet, pignora capiet, & distrahet. Quæ dicuntur esse remedia prætoris ad aliquem cogendum, in *L. 1. §. ex hoc rescripto*, in fin. *D. de insp. ven.* Quod si is, cum multa dicetur, nihil habeat in bonis, faciendum est, quod adversus debitores, qui solvendo non sunt, fieri solet. In carcerem ire iubendus est, ut non prius illinc discedat, quam aut paruerit iussui magistratus, aut bonis omnibus cesserit. *L. 1. C. qui bon. ced. pos.* Ergo iam fatem in hac parte nuptiis obligationem inter coniuges contrahi fateri cogemur. Ut si nulla hic alia obligatio esset, tamen satis sit ad efficiendum hoc genere societatis obligationem inter socios vitæ contrahi, ut proposuimus.

IV. Atque hæc etiam tunc pœna est, cum nihil amplius quam uxor a marito, aut maritus ab uxore discessit, neque aut illa nubit alii, aut hic aliam sibi adiungit. Quod si qui discessit, alii se adiunxerit, hic nascitur nova pœna. Sic enim alio consorte uti non licet, ut qui uti cœperit, adulterium committat. Quod iam ad pœnam legis Iuliæ de adulteriis pertinere incipit. De quo ita Christus *Matt.* 19. 9. *dico autem vobis, quicunque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem, & aliam duxerit, eum mœchari: & qui dimissam duxerit, mœchari.*

V. Parum esset convictus, & coniunctio vitæ superior inter coniuges, si nihil aliud in eo, quam consuetudo vitæ quæreretur. Nam & amici eodem convictu, dum vivunt, uti possunt. Qui tamen ab ea coniunctione quam in nuptiis quæ-

1) *Cap. 1. in fin. de sponsal. Cap. litteras 13. de restit. spolias.* Beust. *de Matrim. C.* 65. Covar. *P. 2. C. 7 n. 1.* Mozz. *de matrim. Cap. Qua actio pro matrim.* Cum enim ex latere sumpta sit uxor, eam a latere discedere non oportet. Unde & vir illam adiecta caussa vindicat, arg. *L. 1. §. 2. de R. V.* Covar *d. C. 7. n. 3.* Mauser *pag.* 325. Beust. *C. 66. p.* 223. Cumque hoc factum æstimationem non recipiat, præcisa hæc obligatio. Gœd *de Contr. stip. C 9. n.* 63. Ac desertio caussam præbet divortio, de quo Beust. *C. 26. & 2. seqq.* Reusner. *Lib. 3. Decis.* 8.

quærimus, multum absunt. Res ergo in nuptiis progreditur longius. Ideo, inquam, in illis convictus hic & consortium vitæ initio statuitur, ut sic deinde sequantur officia vere coniugalia, quæ sine hoc convictu & consortio existere non possunt. Officiorum coniugalium quædam amborum coniugum communia sunt: quædam unius ex coniugibus propria. Communia voco, quæ utrique ab altero pariter & vice mutua debentur. Ea sunt duo: coniunctio corporum, & rerum omnium, seu, ut loquitur Modestinus, divini & humani iuris communicatio.

VI. Coniunctio corporum maxime nuptiarum propria; utpote cuius præcipue caussa nuptiæ constitutæ sint; ad sobolem scilicet procreandam, replendamque liberis civitatem, ut Pomponius loquitur *L. 1. D. sol. mat.* vel verius ad tuendum propagandumque humanum genus, alioqui brevi interiturum. Quam coniunctionem ne quis tanquam parum castam, aut homine Christiano parum dignam superstitionis errore damnet, aut de ea minus recte sentiat, verbo Dei serio sancita est, atque adeo utrique coniugum postulante altero iniuncta. Iam supra verba Christi retulimus ex *Matth. C.* 19. quæ id aperte declarant. *Non legistis*, inquit, *opificem ab initio fecisse masculum & fœminam, & dixisse, propter hoc relinquet homo patrem & matrem suam, & adglutinabitur uxori suæ: & qui duo fuerant, erunt una caro? Itaque non amplius sunt duo, sed una caro.* Apertius Apostolus de hac coniunctione scribens 1. *Cor. Cap.* 7. verf. 3. 4. 5. *uxori*, inquit, *vir debitam benevolentiam reddat: similiter & uxor viro. Uxor proprium corpus non habet in potestate, sed vir. Similiter autem & vir proprium corpus non habet in potestate, sed uxor. Ne fraudate alius alium.* Quid ergo, si alter alteri hanc corporis potestatem deneget? Hic iam certe civilis actio, aut ratio per magistratum cogendi recusantem nulla occurrit: non quia ius deficiat, sed quia probatio. Nam neque hoc fert coniugum pudor, ut privata eiusmodi, & quæ natura secreta esse voluit, palam efferre soleant: nec si unus se fraudari queratur; altero negante, facile hic quidquam probari potest. Ideo res hæc tota coniugibus amore & benevolentia, non iure iudicinque tractanda commissa est: certe de eo nullam actionem proditam legimus. Tantum utrique videndum est, quid hic verbum Dei iubeat, & reputandum in eo mandato satis necessitatis utrique imponi, quo alter alteri in eo satisfacere debeat; sciatque nisi fiat, impune non futurum.

VII. Rerum atque adeo iuris omnis tum divini tum humani communicatio tribuitur nuptiis a Modestino in *L. 1. D. de rit. nupt.* Quo significatur, nihil esse coniugum neque sacris neque profanis in rebus, quod contractis nuptiis non fiat inter eos commune; aut usu postulante non fieri debeat, si quid nondum in eam communicationem venerit. Quod & ipsum in societate rerum fieri animadvertimus, cum societas universorum bonorum contracta est & de horum communicatione agitur. Ut appareat hanc communicationem propriam esse societatis. Sed quam vere superius utrumque tribuatur nuptiis, videndum est. Et quod de divino iure dicit Modestinus, bene [2] Franciscus Duarenus in definitione nuptiarum de sacris privatis Paganorum accepit, quæ domi sibi quisque & familiæ suæ habebat, dum [3] venerabantur suos Deos lares. Horum sacrorum etiam uxor fiebat particeps, quippe vitæ ac totius domus socia, ut est in *L. adversus, C. de crim. expil. her.* Nobis verbo Dei doctis, & vera religione imbutis nihil est in sacris divinum, nisi cultus veri Dei verbo eius patefactus. Hunc autem esse dicimus, quem Christus nobis præscribit *Ioan.* 4. his verbis: *venit hora, & nunc est, cum veri adoratores adorabunt Patrem spiritu & veritate. Etenim Pater tales quærit, qui ipsum adorent. Deus est spiritus, & qui adorant eum, oportet, ut spiritu ac veritate adorent.* Hunc vero spiritum largitur Deus; a privatis [4] nulli communicatur. Preces quidem domi in commune fundi possunt: sed nihil hic proprium coniugii. Omnium hoc Christianorum exercitium est: ad quod non minus proximi alii admitti possunt, quam uxor & reliqua familia. Sed & hic nihil communicatur aliis, nisi vox preces concipientis. Pietas vero & religio mariti & uxo-

2) *Ad Rub. sol. matrim. tit. de Nupt. C.* 1. & A. Gent. *Lib.* 2. *C.* 19. De quibus sacris privatis Cic. 2. *de LL.* Plin. *in Panegyr.* Valer Max. *Lib.* 2. *C.* 1. Hinc in familiam adscitus in sacra transire dicitur, Val. *Li.* 7. *C.* 7. Et filiusfamilias in sacris esse dicitur, & e sacris dimitti ac absolvi, cum e potestate exit, in pluribus *LL* a Duareno citatis.

3) Quos & Fatales Genios vocabant, vid. Eryc. Putean. *Lib. genial. Serm. pag.* 22.

4) Cyp. tamen *de Matr. C.* 2. §. *nu.* 2. 7. id non absurde nostris moribus ad huiusmodi iura referri, ut eidem parœciæ subsit uxor, in eadem æde sacra orandi, conciones frequentandi, Sacramentis utendi, itemque sepulcrorum ac aliorum commodorum ius habeat, a quo non alienus est Alb. Gent. *Lib.* 2. *C.* 19.

& uxoris eiusmodi res sunt, quas ne Ethnici quidem existimarent cuiquam communicari posse. Doceri possunt: infundi aliis non possunt. Deus est qui Spiritu suo mentes nostras & voluntates movet, ut quæ recta sunt, libenter audiamus, audita ex animo amplectamur, iisque adhærescamus.

VIII. De rerum communicatione inter coniuges ius obscurius: cum potius toto pene civili non aliud occurrat, quam & maritum rerum suarum dominium solidum retinere non solum soluto matrimonio, sed & constante: eodemque modo & uxorem. Dotem ipsam, quam ab uxore maritus accipit, nihilominus constante matrimonio, ita habet, ut solus vindicet, nec quidquam iuris in ea uxor sibi arroget. *L. doce, C. de rei vind.* Quanto magis quæ ipse prius habuit, nec ab uxore accepit, retinet? Unde & si quas res mariti constante matrimonio uxor amovit, eas heredes mariti ab ea vindicant. *L. adversus, C. de crim. expil. her.* Quo iure, nisi quia maritus prius earum solus dominus fuit, in quod ius heredes successerunt? *L. cum heredes, D. de acq. her.* Ipsa adeo uxor, quæ sua in dotem non dedit, quæ parapherna dicuntur, ea etiam constante matrimonio ita retinet, ut ipsa prohibente omnis in his potestas & administratio marito denegetur. *L. hac lege, C. de pact. conv.* Quæ certe omnis iuris communicationi, quam Modestinus nuptiis tribuit, convenire non videntur: cum in communicatione bonorum quæ fit inter socios, hoc accidat, ut omnis res, quæ coeuntium sunt, continuo communicentur non secus, quam si specialiter traditio intervenisset, ut inter rerum socios fieri supra diximus. *L. 1. §. 1. L. 3. D. pro soc.* Sed ne his rebus adversus superius dictum Modestini moveamur, etiam inter coniuges hanc rerum communicationem intervenire reperiemus. Ac de mariti rebus prius videamus. Et quæ maritus habet, ea versantur aut in dignitate & conditione personæ, aut in bonis externis.

IX. In conditione personæ hanc communicationem agnoscere promptum est. Nam si qua est mariti dignitas, si qua prærogativa, eius statim fit [5] uxor particeps, & quidem ipso iure. Utputa, fœminæ nuptæ clarissimis viris, veluti senatori, clarissimarum personarum numero habentur, eamque dignitatem non solum quandiu nuptæ sunt clarissimo, sed ab eo separatæ [6] retinent, quandiu alii inferioris dignitatis non nupserint. *L. fœminæ, D. de senat.* Ipsum etiam domicilium & forum mariti fit statim uxori commune. Quibus omnibus de rebus cum apertius & semel comprehensum sit constitutione quadam Valentiniani & Valentis, *L. mulieres, C. de dignitat. Libro* 12. verba hic adscribam: *Mulieres*, inquit, *honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, & forum ex eorum persona statuimus, & domicilia mutamus. Si autem minoris ordinis virum postea sortitæ fuerint, priore dignitate privatæ, posterioris mariti sequuntur conditionem.* Hæc illi. De dignitate & prærogativa uxoris nihil simile legimus, quia aut mulieres ex sese nullam habent, quam ideo in alios conferre non possunt; aut si quam prius habuerunt, inferioris conditionis marito nubentes [7] hanc amittunt, ut supra diximus. Nisi reginam aut principem aliquam fœminam proponas, cuius dignitas & amplitudo ab aliis non pendeat. Unde moribus nostris maritos quanvis prius privatos reginæ matrimonio iunctos reges appellamus. Hæc dignitatis & conditionis communicatio non petitur ab uxore, quia fit ipso iure: ut stulte petat uxor, quod non alieno facto & præstatione, sed ipso iure statim per caussam nuptiarum sibi tributum habet.

X. De bonis externis utriusque coniugis plus difficultatis. Sed tamen audeamus dicere etiam in his per nuptias statim induci horum bonorum communionem, sed quæ tamdiu duret, donec alterutrius voluntate revocetur. Mariti bona spectemus. Gordianus Imperator in *L. adversus, C. de crim. exp. hered.* diserte scribit uxorem suscipi sociam humanæ rei. Cuius rem intelligit? mariti videlicet, a quo uxor socia suscipitur. Quid est autem res mariti? Bona, facultates, patrimonium mariti. *L. nam quod* 14. in fin. *L. cogi*, 16. in princ. *D. ad Trebell.* Ergo hoc dicit Gordianus, uxorem per nu-

piias

5) *L. ult. C. de incol.* mariti radiis coruscat *Nov.* 105. C. 2. *pr.* & privilegia etiam personalia illi communicantur *L.* 6. *ibi ubi una cum uxoribus* C. *de Profess. & med.* Eadem illi reverentia quæ viro debetur *L.* 1. *C. de in ius voc.* & iniuria illi facta videtur facta marito *L.* 2. C. *de iniur. &c.* Vid A. Fab. 1. *Iurispr.* 9. *Pr.* 2. *Ill.* 22 *& Pr.* 3. *Ill.* 18. Cuiac. *Consf.* 56. *p.* 142. Georg. Acac. Enenkel. *Lib.* 2. *de Privil. C.* 4. *n.* 76. *& seqq.*

6) *D. L. ult. C. de incol. Nov.* 22. C. 36. *leg. filii* 22. §. *vidua* 1. *D. ad Municip.* Quandiu enim vidua mane durare idem matrimonium intelligitur *L. ult. Cod. de bon. mat.* A. Fab. *d. Tit.* 9. *Pr.* 3. *Ill.* 19. vid. Tiraq. *de Nobil.* C. 18. *n.* 9. P. Greg. 4. *Synt.* 4 *n.* 11. *& seq.*

7) Unde nobilis plebeio nupta vulgaris conditionis efficitur, vid. Vaud. 2. Q. *ultim.* Hinc Virginiam Auli filiam, quod patricia plebeio nupsisset, sacris Pudicitiæ patriciæ matronæ arcuerunt, Liv. *Lib.* 10. *p. m.* 498.

ptias fieri sociam bonorum mariti, id est participem, consortem. Id autem non aliter contingit, quam tacita communicatione, ut fieri legimus in societate rerum inter omnium bonorum socios. *L.* 1. *§.* 1. *L.* 2. *D. pro socio*. Et res ita habet, ut quandiu maritus non aperte refragetur, possit uxor mariti rebus [8] uti pro suis. Tantum ut communibus utatur pro communibus. Hoc enim solum exceptum video, ne quid dolo malo amoveat, ut suum privatum faciat. Quod tunc facere intelligitur, cum soluto matrimonio eadem apud se retinet. Idcirco & tunc solum eam legimus teneri rei vindicatione, & actione rerum amotarum. *d. L. adversus, C. de crim. expil. her. L.* 1. *D. rer. am.* Adiiciam sententiam Nervæ & Cassii, qui ideo negabant uxorem soluto matrimonio teneri rerum amotarum, quia societas vitæ quodammodo eam dominam faceret, quæ ratio exstat in *d. L.* 1. *D. rer. amot.* Displicuit quidem hæc ratio soluto matrimonio, ut *ibidem* adiicitur; existimantibus aliis, ut Sabino & Proculo, eam per id tempus furtum facere; furti autem actionem quæ turpis est, adversus eam denegatam in honorem matrimonii, *d. L.* 1. *&* 2. *rer. amot.* Sed hoc ipso, quod dicitur id ita esse soluto matrimonio, non obscure confirmatur sententia superior Nervæ & Cassii pro eo tempore quo matrimonium stabit.

XI. Quid uxoris bona etiam illa, quæ sunt extra dotem, quæ parapherna appellari diximus, nonne in eamdem illam communionem veniunt, ut his uti possit maritus pro communibus, quandiu uxor non prohibeat? Sane vero ita venire satis aperte significatur in *d. L. hac lege, C. de pact. conv.* cum ita cavetur, ne vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Græci parapherna dicunt, ullam uxore prohibente habeat communionem, aut aliquam ei necessitatem imponat. Qui uxore prohibente, id est sub conditione, si uxor prohibeat, hanc communionem denegat, is sub contraria conditione eam communionem non obscure statuere intelligitur, si uxor aperte non prohibeat. Vis hæc est, & potestas adiectæ conditionis, ut declaratur in *L. quibus*, 40. *§.* 2. *D. de cond. & dem.* Ex his apparet, recte dicturos nos, nuptiis ipsis institui inter coniuges rerum omnium communicationem; sed hac conditione, ut tandiu maneat, quandiu videbitur utrique in ea manere: voluntate autem mutata liceat unicuique eorum non a communione corporum, sed a communione rerum discedere ita, ut quod cuiusquam ante nuptias fuerat, id cuique liceat sibi habere, sibi vindicare, & ab eius usu prohibere alterum. Neque hoc quisquam putet naturæ societatis adversari, ut ex eo nullam hic rerum communionem iure societatis esse colligat. Id enim & in societate rerum accidit, quæ vel unius socii voluntate, a societate discedere volentis dissolvitur. *§. manet, Inst. de soc.*

XII. Sed utcumque aliis temporibus libera sit coniugibus bonorum, quæ cuiusque propria fuerunt, inter se communicatio: tunc certe non est libera, cum alteru-

8) A. Gentil. *Lib.* 2. *de Nupt. C.* 20. Omnia communia coniugum, usu, non proprietate. Rectissime Duar. *de Nupt. C.* 8. his verbis: Salva honestate coniugii, nihil indivisum inter coniuges, sed promiscuum rerum omnium usum esse oportet, licet nulla sit obligatio, qua alter alteri ad hanc communicationem obstringatur. Prudenterque monet Plutar. *in Connub. Præcept. f. m.* 146. ex coniugio voces *meum & non meum* omnino tolli debere, & *f.* 148. oportere contrahentium corpora, opes, amicos, familiaresque invicem confundi. Belle Columella *Lib.* 12. ref. Guib. *de Matrim. C.* 1. *n.* 17. & Tiraq. *L. Connub.* 8. *n.* 8. *Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut fœmina proprium esse iuris sui diceret.* Quo respexit vetus Romuli Lex *teste* Halic. *Lib.* 2. *f.* 95. *Mulier nupta, quæ ex sacris legibus cum viro convenit, fortunarum & sacrorum socia illi esto, atque domus ille dominus ita & illa domina.* Hinc introducta in ædes mariti, & a pronubis transportata, pedibus enim limen contingere fas non erat, dicebat marito: Ubi enim Caius; ego Caia; id est, ubi tu dominus & paterfamilias; Ego domina & materfamilias, Plutar. *QQ. Rom.* 30. Et deductæ claves tradebantur ut significaretur, auctore Festo, ei rerum omnium domesticarum, quæ clavibus concludi solent, cura & custodia, tota denique rei familiaris administratio committi. P. Victor. 2. *Antiq. Lect.* 2. Briss. *de Rit. nupt. p.* 328. Hot. *Disp. feud. C.* 22. Atque eo sensu uxores dominæ dictæ *L.* 38. *§.* 4. *L.* 41. *pr. de leg.* 3. *L.* 19. *§.* 1. *de ann. leg. L. ult. §.* 5. *de auro & arg. leg* Tiraq. *L. Connub.* 5. *n.* 11 *&* 2. *seqq.* non tam quod suæ heredes mariti futuræ, ut Forner. 1. *Select.* 15. Ræv. *ad L.* 30. *de R. I.* aut quod neuter corpus in sua potestate habeat, iuxta Apostol. 1. *Corinth.* 7. *v.* 3. ut A. Fab. 1 *Iurispr.* 9. *Pr.* 2. *Ill.* 23. quam quod condomina sit uxor marito ratione usus, ex vitæ societate *L.* 1. *Rer. amot.* P. Greg. 1. *Synt.* 3. *n.* 3. qui vid 9. *Synt.* 4. Mar. Lycklama 7. *Membran* 27. Cypræ. *de Sponsal. C.* 5. *§.* 3 *& de Matrim. C.* 8. *n.* 6. quodque, licet viro parere debeat, in familiam tamen illi imperium cum viro divisum. Vera autem societas & communio proprietatis bonorum utriusque, nec Canonico, nec Civili iure inter coniuges *L.* 1. *§.* 15. *ad SC. Silan. L.* 8. *C. de pact. conv. tit. C. Ne uxor pro marito, &c.* nisi aperte convenerit *L.* 16. *§. ult. de alim leg.* Sc. Gentil. 5. *de Don. int. vir.* 6. *&* 15. Covar. *P.* 2. *C.* 7. *§.* 1. *n.* 5. Nec erat quoque ex superiure Romuli lege, sed dispensationem rerum familiarium uxori ea tribuebat. Marito enim mortuo, ut mox subiungit Halic. non dimidiam partem auferebat, sed cum liberis in virilem portionem succedebat, & si illi nulli, ex asse. Probanda vero huiusmodi societas (uti illa quæ bonorum proprietatem communicat, Gallis fere, Belgis, Hispanisque recepta, improbanda vid. *supra C.* 16. *N.* 2.) constante matrimonio, ut tamen eo dissoluto, quæ cuiusque fuerunt, ad eum redeant; damnandique coniuges, qui cum sibi invicem corpus, animum vitamque suam credere debeant, bona committere recusant, maxime ad uxores. Quæ & ratio est fideiussoris dotium non recipiendi, *t. C. Ne fidei. dot.* Denique bonum est ut mulier, quæ se ipsam marito committit, res etiam suas patiatur pro arbitrio gubernari, licet nullam ei necessitatem leges imponant *d. L.* 8. *C. de pact. convent.*

teruter ex his non habet, unde se alat. Hic inter eos nuptiis suscipitur hæc obligatio, ut cui facultates suppetunt, alteri [9] egenti præstet alimenta. Quæ iam alia non obscura obligatio est, quæ nuptiis contrahatur. Et certe nisi id fit, neuter alterum habere potest convictus quotidiani socium, & vitæ consortem. Nunc autem hæc vitæ consuetudo individua nuptiis contrahitur. Unde & obligatio ea, quæ hunc convictum & consuetudinem retinet. Sed id certius doceamus. Et de marito nulla dubitatio, si dotem accepit, quin uxorem alere, vestire, omnia denique ad vivendum necessaria ei suppeditare debeat. Hæc enim matrimonii onera sunt: ac pro his oneribus dos datur. *L. pro oneribus*, *C. de iur. dot.* Idque ita fieri debere traditur in *L. si cum dotem*, 22. *sin autem in novissimo*, in fin. *D. sol. mat.* significatur in *L. ubi* circa fin. *C. de iur. dot.* Quod si maritus dotem non accepit, tamen ista eadem egenti uxori debet præstare: proinde alimenta, quoniam superiora alimentorum & victus verbo continentur. *L. 6. D. de alim. & cib. leg. L. verbo victus*, *D. de verb. signif.* Neque alia certior huius rei ratio reddi potest: quam quod maritus secum habere uxorem vult, cuius consuetudine utatur, atque adeo habere iubetur, non [10] a se dimittere, ut supra ostendimus. Non potest autem ita inopem habere, nisi alimenta ei, & victum suppeditet. Quinimmo & qui cum ea vivere iubetur, non solum prohibetur id ei denegare, sed etiam vivendi cum ea conditionem quærere iubetur. *arg. in L. capite*, 19. *D. de rit. nupt.* Id autem facit, qui vivendi caussam uxori præstabit; quod fiet eam alendo. Et ne huius sententiæ argumenta desint, licet hæc adiicere, quibus & nostri utuntur, etsi dilutius. Nam sic est uxor, ut sit in officio mariti ad operas honestas ei præbendas? *L. sicut*, 48. *D. de oper. libert.* Constat autem eos, qui aliis debitas operas præstant, ab his quibus præstant, ali debere, si se ipsi qui præstant, alere non possint. *L. suo victu*, 18. *D. de oper. liber.* Adde, quod uxor mortua, si nulla dos sit, nec alios habeat, quorum sumptibus funeretur, puta patrem qui solvendo non sit, aut heredes: iubetur a marito quatenus is facere potest, funerari: tantum ideo, quod defuncta uxor sepultura honeste carere non potest. *L. quod si nulla*, 28. *D. de reliq. & sumptib. fun.* Quanto ergo magis vivæ & egenti alimenta a marito præstanda sunt, quibus illa omnino carere non potest? Atque hæc eadem Bartoli sententia est, etsi parum eloquitur, ad *L. alimenta*, *C. de neg. gest.* eadem Cyni ad eamdem legem; eadem Speculatoris *Tit. qui filii sint legitimi*, vers. *videamus*, *de alim.*

XIII. Hoc officium erga uxorem, cum coniunctio vitæ cum uxore suscepta inducat, ut indicatur in *d. L. adversus*, *C. de crim. expil. hered.* etiam vice mutua adversus uxorem idem valebit, ut si mulier dotem forte constante matrimonio iustis de caussis receperit, quales pleræque sunt (de quibus dicetur in dote) maritus autem egeat, debeat uxor ex fructibus dotis & se, & maritum, & liberos alere. *L. ubi*, circa fin. *C. de iur. dot.* Merito: nam & ipsa per nuptias eamdem societatem, & iisdem conditionibus cum marito suscipit. Sed hoc, inquam, citra controversiam, cum mulier dotem dedit, quam postea recipit. Quid ergo, si ponamus uxorem pauperem ab initio indotatam ad maritum venisse, bona autem eam postea, ex successionibus propinquorum, aut legatis, & aliena liberalitate habere cœpisse, maritum ad inopiam redactum? Non dubitabimus ne hic quidem, quin uxor ex his bonis & se, & maritum, & liberos si omnibus alendis sufficiant, alere debeat. Hoc enim & in uxore exigit ea societas & coniunctio vitæ, quæ eam cum marito vivere iubens, vetat ab eo discedere. Nam ut in marito paulo ante dixi, quæ cum eo vivere iubetur, etiam conditionem & facultatem cum eo vivendi quærere iubetur. *arg. in L. capite*, in fin. 19. *D. de rit. nupt.* Quærere autem intelligitur, quæ facit, quod in se est, ut vitam mariti retineat: quod fit eum alendo.

XIV. Hæc inter coniuges eiusmodi obligatio est, ut sive maritus locuples uxori inopi deneget alimenta, sive locuples uxor deneget egenti marito: uterque per magistratum cogi possit præstare. Non dissimiliter atque cogi potest parens præ-

 stare

9) Vid. remissive *supra Lib.* 12. *Cap.* 4. *N.* 2. Omnia persequi non licet.

10) Nec ex caussa non acceptæ dotis uxor ædibus extrudi potest *L. sen.* §. 1. *Cod. de repud. Nov.* 22. C. 18. Nec obstat *L. ult. C. ad SC. Vel.* ibi: & *sic a viro forsitan repelli*. Resp. Non enim permittit id Imperator, sed loquitur de periculo, ne tali casu distrahatur matrimonium, de facto scilicet, non de iure. Idemque sensus *C. per venerabilem extra de don. int. vir.* vid. Covar. *P.* 2. *C.* 7. *n.* 2. Beustius C. 66. Alb. Gentil. *Lib.* 6. C. 5. Fach. 3. *Contro.* 48 Diff. P. Greg. 9. *synt.* 19. *n.* 3. Gomez. *in L. Tauri* 50. & 3. *seqq. n.* 31. Martin. Coler. *Lib.* 1. *de Alim. C.* 10. *n* 5 & *seqq.* Herman. Meirer. *Lib.* 2. *de Praeferent. credit. Tit.* 6. *n.* 8. Io. Bapt. Costa *de Facti scientia*, *Distinct.* 32. *Cent.* 2. & quos refert Barthol. Musculus *de Success. convent. Cl.* 1. *Membr.* 2. *n.* 134.

ſtare egentibus liberis, quia hæc illis naturæ iure debeat; aut liberi parentibus pietatis iure. Itaque quam illis cogendorum ad hoc officium parentum & liberorum rationem eſſe diximus; eadem in eodem genere officii ad cugendum maritum aut uxorem intelligenda eſt. De ea diximus *Lib. ſuperioris Cap.* 4.

XV. Atque hæ ſunt inter virum & uxorem communes ac promiſcuæ præſtationes. Una eſt uxoris propria. Ea eſt, ut marito ſit ſubiecta, reverentiam ei exhibeat: *L. alia*, §. 1. *D. ſol. matr.* imperanti non inhoneſta ſe obſequentem præbeat; denique quod ante diximus, traditurque in *L. ſicut*, 48. *D. de oper. libert.* ut ſit in officio mariti, cuius matrimonio conſenſit. Hanc [11] uxori a natura impoſitam eſſe perſonam, cum ipſa qualitas, ſeu confirmatio coniunctionis corporum, tum fragilitas ſexus, item onus procreandorum educandorumque liberorum facile declarant. Itaque quæ ſe talem, ideſt quæ ſe uxorem alicui eſſe vult, quod fit nuptiis, hoc ipſo ſatis per nuptias hanc obligationem in ſe ſuſcipere intelligitur. Sed hoc noſtri leviter, ac velut aliud agentes attigerunt. Nos autem ne quis hic ſit dubitationi locus, etiam hanc partem officii uxoris verbo Dei diligenter nec uno loco ſancitam eſſe cognoſcamus. De ea ſic Paulus Eph. *C.* 5. 21. *Uxores propriis viris ſubiectæ eſtote, ut Domino: Quoniam vir eſt caput uxoris, ut & Chriſtus eſt caput eccleſiæ: & is eſt, qui ſalutem dat corpori. Itaque ſicut Eccleſia ſubiecta eſt Chriſto, ita & uxores ſuis viris ſubiectæ ſunto in omnibus.* Idem repetens hoc præceptum *Col.* 3. 18. ita ſcribit; *uxores ſubiectæ eſtote propriis viris ut convenit in Domino.* Item & ad *Tit. C.* 2. 4. 5. his verbis: *ut anus ad ſapientiam inſtruant adoleſcentulas, ut maritos ſuos diligant, ut liberos ament: ut temperantes ſint, puræ, domi manentes, bonæ, ſubiectæ ſuis viris, ne ſermo Dei blaſphemetur.* Petrus vero 1. *Pet. C.* 3. in pr. de eadem re hoc modo: *Similiter*, inquit, *uxores ſubiectæ ſint ſuis viris: ut etiam ſi qui non obediunt ſermoni, per uxorum converſationem abſque ſermone lucrifiant.* Et mox v. 4. *Ita enim olim & ſanctæ illæ mulieres ſperantes in Deo ornabant ſeſe, ſubiectæ ſuis viris. Sicut Sara obedivit Abrahæ, dominum eum vocans, cuius factæ eſtis filiæ, dum benefacitis, etiam quæ non terremini ullo pavore.* Etiam hanc ſubiectionem natura dictante Ethnici intellexerunt. Hinc enim eſt, quod Romani uxorem velit nolit, mariti domum ſequi, ibi [12] domicilium ubi maritus, ibi forum habere, ubi conveniri poſſit, voluerunt. *L. exigere*, *D. de iud. L. mulieres*, *C. de dignit. Lib.* 12.

XVI. Quid ſi uxor parum ſe obſequentem præbeat, aut per infirmitatem ſexus aliquid peccet? uſque eone poteſtas mariti in uxorem, quam ſubiectam volumus, producenda eſt, ut in eam ſæviendi, eamque verberandi ius habeat? Sed [13] nullam eiuſmodi poteſtatem maritis in uxores attributam iure civili legimus: atque adeo ne in tota ſcriptura quidem verbi Dei. Quinimmo licet ex hac proferre multos locos, ex quibus omnem hanc poteſtatem procul removeri intelligatur. Iubet

11) *C. eſt ordo* 12. *&* 3. *ſeqq. C. mulierem* 17. *C. mulier* 19. *Cauſ.* 33. *Quæſtion* 5. De poteſtate maritali Iure Tiraq *L. Connub.* 1. lege naturæ ſtatutum virorum imperium, & plerisque gentibus obſervatum, plurimis & dictis & exemplis, ut ſolet, comprobat. Iure vero Romanorum non eſt in poteſtate mariti uxor, ſed patris, *L.* 2. §. 1 *Sol. matrim. L.* 29. §. 1. *de Relig. & ſimil.* niſi quoad ... & operas. Quo ex L. Iulia, quæ patri permittit coercitionem filiæ adulteræ, magis quam marito, arguit Teſſaur. *Deciſ.* 150 *n* 7 Quanquam videri poteſt, eam, quæ in manum convenit, cauſſe e patris poteſtate, cum capite minui dicatur, Ulp. *Tit.* 11. §. 13. vid Marc. Vertranius Maurus *de iure liberor. C.* 30. Utut ſit, iuri civili in eo conſuetudini generali derogatur, vid. *ſupra Lib.* 2 *C.* 26. *N.* 12. De poteſtate viri & imperio domeſtico vid. & Bodin. 1. *de Rep.* 3. Ant. de Guevara. *Lib* 2 *Horolog. Princip. C.* 5. *&* 7. (ubi de probroſo viris fœminarum dominatu, nec ipſiſmet minus mulieribus dedecoroſo, Tiraq. *L. Connub* 1. *n.* 17. *& ſeq*) Guaz. *de Civ. converſ. Lib* 3 *p* 435 *& ſeqq* Henning Arniſæ *Lib.* 1 *Polit. C.* 3. *p.* 76. *& ſeqq* Sc Gentil. 2 *de Don. int. vir. C.* 19. Fopp. ab Æzema 2 *Diſſ* 11. Cyptæ *de Sponſal. Cap.* 5 § 12.

12) *L* 19. *pr de Iuriſd. L. ult.* § 3. *D. ad Municip. L.* 1. *C. de mulier. & in quibus loc. Lib.* 10 vid. Tiraq. *L. Connub.* 1. *n.* 28. *& ſeqq* ubi *n.* 33. idem eſſe ſi litigat cum viro, ſe defendendo, Covar. *P.* 2. *C.* 7. *n.* 8. *& ſeqq.* Ant. Guib *de Matrim. C* 1. *n.* 25. Beuſt. C. 66. *f.* 223. *& ſeq.* Mauſer. *P.* 323. Mozz. *de Matrim. Col.* 4. *n.* 7. A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 9. *pr.* 2. *Ill.* 17. Et tenetur uxor ſequi maritum vagabundum, quocunque, ſi talis fuit tempore contracti matrimonii & eſſe ſcivit, ut ſunt hiſtriones, circumforanei, vid. Tiraq. *L.* 1. *Connub. n.* 39. Beuſt. C. 32 Farina. *Q. crimin.* 134. *n.* 257. *& ſeqq.* An & rebellem & exulem, vid. Alb. Gentil. *Lib.* 2. *C* 18. *in fin.* Sane ſi mutet domicilium omnino ſequi cogitur, Beuſt. *d. C.* 32. Covar *P.* 2. *C.* 7. *n.* 7. non obſtante pacto, quo maritus cavit ſe non diſceſſurum a domicilio uxoris, vid. *ſupra Lib.* 12. *C.* 21. *N.* 2.

13) Guaz *de Civ. converſ. Lib.* 3. *p.* 456. Io. Caſ *Lib.* 1. *Sphæra civ C.* 1. *in fi.* Tiraq. *L. Connub* 8. *n.* 10. *& ſeqq.* Moderata tamen caſtigatio maritis permiſſa, arg. *L.* 5. §. *ult. ad L. Aq.* Tiraq. *L.* 1. *Connub. n.* 22. *& ſeqq.* Martin. Coler. *Lib.* 1. *de Alim. C.* 10. *n.* 23. Quam & olim maritos exercuiſſe, & uxores ex peccatis ſuis pœnam luiſſe eorum arbitrio, Halic. *Lib.* 2. *ſ. m.* 95. Caſſiodor. *Lib.* 5. *Ep.* 32. Delatam querimoniam, pudori tuo conſulens, maritali diſtrictione redarguas, Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 1. Sed Tiraq. *L Connub.* 9. *n.* 1. *&* 2 licet non immoderata verbera LL. canoneſque permittant, multa tamen tolerari ſæpe, quæ vitio non carent. Quæ autem alia correctionum genera, quibus mulieres emendandæ, idem *d. L.* 9. *n.* 230. *&* 3. *ſeq.* Atrocius vero verberata & indignius habita non quidem iniuriarum famoſa, ſed verbis temperatis in factum, actionem habet, Tiraq. *d. L.* 1. *n.* 24. Covar. *P.* 2. *C.* 7. §. 5. *n.* 2.

bet Paulus *Eph.* 5. uxores proprils viris subiectas esse: sed idem continenter iubet, ut viri diligant uxores suas; neque id quovis amore, sed sicut Christus dilexit Ecclesiam, & semetipsum exposuit pro ea: id est [14] unice, ut ad eum amorem nihil desit. Multum vero abest ab ea dilectione sævitia omnis in uxorem, elusque pulsatio. Addit etiam paulo post, ita debere viros diligere uxores suas, ut sua ipsorum corpora: & qui diligit uxorem, seipsum diligere. Et quis unquam nisi insanus, corpus suum verberat? Immo addit *ibidem* Paulus, adeo nullum unquam suam ipsius carnem odio habuisse, ut potius contra eam nutriat & foveat. Idem ad *Coloss.* 3. ita præcipit: *Viri diligite uxores vestras, & ne sitis adversus eas amarulenti.* Qui amarulentiam prohibet, multo magis sævitiam & pulsationem corporis prohibet. Sed nihil illustrius in hanc sententiam, quam quod de officio mariti præcipit Petrus Apostolus 1. *Pet.* 3. cum iubet viros una cum uxoribus versari, ut scientes decet; & hoc interpretans subiicit, eos vasi muliebri ut infirmiori tribuere debere non dicit veniam, sed [15] honorem. Et ut a verbo Dei hic discedamus, quis socius aut frater sibi sumit hoc ius in socium & fratrem, ut si quid in eo displicet, illum verberet, & pulset, & hanc eius corrigendi rationem sibi arroget? Atqui uxor socia est mariti; etsi inferior & infirmior; socia tamen, & pro tali a marito suscipitur, & quidem ea societate quæ est omnium arctissima, ut in qua suscipitur divinæ & humanæ domus, divini & humani iuris communicatio, ut ostendimus. *L. adversus, C. de crim. expil. hered. L.* 1. *D. de ritu nuptiar.* Absit igitur hæc sævitia & castigatio a marito.

XVII. Quid ergo fiat, si uxor se marito non subiiciat, ut verbum Dei præcipit, si ei adversetur? Benevola admonitione, severa etiam, si opus est, flectere eam potest, & ad obsequium voluntarium inducere. Si admonita pergit, potest maritus illi denegare res ad vitam, cultum, & ornatum necessarias. Vetare ne servi aut famuli domus illi solita obsequia præstent. Nam & sic patrono deneganti alimenta liberto, debitæ operæ & quæ libertatis caussa imposita erant, denegantur. *L. alimenta, D. de agnosc. lib. L. suo,* 18. & duabus seqq. *D. de oper. libert.* Nec dissimile quiddam adversus uxores clericorum, quæ peccaverint, constitultur in *C. placuit*, 33. *Q.* 2. etsi asperius paulo propter vincula, & domesticam custodiam, quæ illic permittitur. Denique tentabit omnia maritus pius, & intelligens, qualem supra maritum esse debere ex Petri præcepto retulimus, priusquam veniat ad verbera. Quæ si exciderint, tamen sciat neque ea eum decere, neque pro potestate illi concedi. Postremo si quid hic expediat, quærimus, meminerint omnes, si quæ contigerit pervicax uxor, verberibus & pugnis non flecti tale ingenium, sed [16] irritari; ut quo plura & acerbioria maritus in uxorem sæviet, eo deterius in se & uxorem consulat.

XVIII. Nihil adversus hæc facit quod in *C. duo ista*, 23. *Q.* 4. marito tribuitur, ut regat uxorem suam. Nam & ibidem inter alios multos tribuitur similiter Episcopo, ut regat plebem suam. Scimus autem his verbis non illi tribui, ut qui ex plebe delinquent, eos pulset aut verberet. Denique omnibus, qui aliquos suæ disciplinæ & gubernationi subiectos habent, nominatim hoc illic tribuitur, ut regant quidem, sed addito hoc temperamento, ut regant sicut cuique regenti apta & accommodata est disciplina. Effectum est autem non convenire maritis hanc disciplinam, ut uxores verberibus afficiant.

14) Vid. Guaz. *de Civ. conversat. Lib.* 3. *p.* 424. Zonnet. *Defens. tripart. P.* 1. *n.* 65. *& seqq.* Amor uxorius an paterno, in liberos, maior, an cedere illi debeat, vid. Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. n.* 12.

15) Mulier non ex capite viri prodiit, ne heræ sibi partes arroget, nec ex pede ne serva plane videatur, sed ex costa, ut lateri adhærens socia sit marito. *Gl. in C. uls. v. costa* 33 *Q.* 5. Beust. *Cap.* 1. *in fin* Guaz. *de Civ conversf. Lib.* 3. *p* 431. Plutar. *in Connub. præcept. f.* 146. *Sicuti cum sumuntur duæ consonæ voces cantus graviori adscribitur, ita in familia res gerenda consensu coniugum, viri tamen imperium vel consilium eluceat*, & paulo post *f.* 148. *Imperare maritus mulieri debet, non ut dominus rei possessa, sed ut animus corpori. Lætum esse debet & essi ipsum eius imperium.* Addit scite Guaz. *d. Lib.* 3. *p.* 431. *& seq.* Unde philosophus 1. *Polit.* 8. (*aliis* 12.) imperii domestici genera secernens, ut paternam gubernationem regio principatui, ita nuptialem civili magistratus auctoritati comparat. Io. Cas. *Li.* 1. *sph Civ. C.* 8.

16) Varro *apud* Agel. 1. *Noct.* 17. *Vitium uxoris aut tollendum aut ferendum. Qui tollit, uxorem commodiorem præstat, qui fert se meliorem facit*; Sed hæc facilius dici quam ad usum, si opus est, transferri possunt, ait Beustius *de Matr. Cap.* 9. Quanquam cum Agellius tollere pro corrigere dictum testetur, sint, qui Varronem verbis *tollis aut tollendum*, castigationem, quæ fit manu aut verberibus, significasse, volunt. Henning. Arnisæ. *Lib.* 1. *Polis. C.* 3. *pag.* 84. qui prius omnibus tentatis, verbera concedenda putat, si petulantia verbis retundi nequeat, quod extremo malo extremis occurrendum sit remediis. Sed raro prospere ceder hoc remedium. Tutissimum est initiis occurrere, & in quærenda vitæ consorte fatigare primum precibus, supremum coniugii authorem. *Uxor enim prudens a domino.* Proverb. 19. *v.* 4. *Et pars bona mulier bona in parte bona timentium Deum Syrac.* 26. *v.* 3. Dehinc ante omnia in mores inquirere, nec cæco animi impetu ferri, aut oculis corporis, digitisve solis uti. Seod culos animi potissime circumferre, ut si virtutum omnium dotibus cumulata, quæ corvis rarior albis, haberi nequeat, saltem quæ minoribus urgetur vitiis, seligatur: sed de his melius alii. Satis iam, pro instituto quidem præsenti, verborum nuptiorum, innubus dum hæc scribo, feci.

Et vero id non convenire ingenuis diserte scriptum est in *L. consensu*, §. 1. in fin. *C. de repud.* Sane Iustinianus caussas sex graves excepit, ex quibus vellet esse impune, si maritus uxorem flagellis aut fustibus cæciderit. *Novel. ut liceat matr. & aviæ* 117. *§. si quis autem.* easdem illas, quas prius complexus erat *ead. Nov. §. qui vero plurimas*, Et ex quibus etiam marito uxorem repudiare permiserat. Sed vel hæc ipsa constitutio confirmat extra has caussas id ius esse, quod supra diximus. Verum est enim, quod traditur in *L. quæsitum*, 12. *§. idem domo instructa, D. de instit. instrum. legat.* eum qui hæc excepit, non posse de cæteris rebus, quæ in his non essent, non videri sensisse.

C A P. X X I I.

Legitimas conventiones, quæ solo consensu pariant obligationem, tres esse has; Constitutum, Contractum emphyteuticum, Pactum donationis caussa interpositum. Quid horum unumquodque. Quæ ex his obligatio.

Transitio. Contractus legitimi, *qui & ipsi nudo consensu perficiuntur, tres.* I.
1. *Constitutum. Hoc quale sit, explicatur.* II.
Quæ obligationis constituti *vis & effectus peculiaris.* III.
2. *Contractus emphyteuticus. Hunc solo consensu perfici quatenus ostendatur*, IV.
Contrariis occurritur, V.
De mutuis emphyteutæ & domini præstationibus quo loco tractaverit auctor, VI.
3. *Donationis pactum. Legitimum donationis pactum quod sit.* VII.
Donatio in futurum concepta non est legitima; & quare, VIII.

I. Atque hæc hactenus non solum de nuptiis certa societatis specie, sed etiam de contractibus omnibus iuris gentium, qui solo consensu perficiuntur, simul & de vi atque obligatione eorum, quæ quidem natura & potestate iudicii contineatur sine aperta conventione: in quibus sunt hi Emptio venditio, Locatio conductio, Mandatum, Societas. Dixi supra *Lib.* 12. *Cap.* 10. & legitimas conventiones quasdam esse, quæ solo consensu idem valeant [1] Constitutum, Contractum emphyteuticum, Pactum donationis caussa interpositum. De quibus iam & ipsis, ut & de earum propria obligatione breviter cognoscamus.

II. De constituta pecunia obligatio est edicto prætoris constituta ex hac caussa, si pecuniam quis constituerit, ut est in edicto. *L.* 1. *§.* 1. *D. de pecun. constit.* Ut autem Iustinianus hæc interpretatur, si quis quid soluturum se constituerit, *§. de constituta, Institut. de actionib.* si quis constituerit, inquam; nempe nudo pacto & conventione. Non quod si quis stipulanti promiserit se soluturum non magis obligetur: sed quia obligatur iure civili, ut non desideret stipulator prætoriam actionem. *d. §. de constituta.* Is constituit se soluturum, qui constituit soluturum se, quod prius debebatur. Non est enim solutio, nisi rei debitæ solutio, *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. Ideo & prætor edicto hoc expressit, atque ita de constituta actionem proposuit, si quis debitum, seu debitam pecuniam constituerit, & quidem quæ tum debita fuerit, cum constitueretur. *L. item*, *§.* 1. *L.* 1. *§. pen. D. de pec. const.* Sed dum sit debitum quod constituitur, nihil amplius edictum exigit. Idcirco nihil interest, quale sit debitum, utrum eiusmodi, quod quavis ex caussa iure civili aut prætorio peti possit, an vero quod natura tantum debeatur, *L.* 1. *§ pen. & ult. L.* 2. *L.* 3. in pr. & *§.* 1. *D. de pec. const.* Hac ipsa de caussa nihil putatur interesse, a quo sit debitum: utrum ab eo qui constituit se soluturum, an ab alio. Fac debito-

1) Quod & contractum esse ac quidem nominatum sentit Vacon. 5. *Declar* 67. *n* 2. Sed verius esse pactum legitimum quidem prætorium, non autem contractum, cum nec sua vi actionem producat, sed prætoria ope, Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 2. *n.* 2. nec ea contractu vero & puro potest nasci obligatio conditionalis, cuiusmodi hanc Donellus noster contendit. Constituere autem inter alia significat quod minus firmum est stabilire, Cic. 1. *Off.* id fit in constituto, cum quod minus firmiter prius debebatur aut parum tuto, id nova pactione firmamus, dum promittimus id nos soluturos. Don. *ad §.* 9. *I. de act. n.* 8. Græci [illegible] vocant Tiraq. *de iur. const poss. P.* 1. *n* 1. Duar. *h. t. C.* 1. *in fin.* Vide de constituto Duar. *ad Old. dend. Cl* 4. *lit. g.* Vital. 2. *Var. Lect.* 23. A. Fab. 15. *Coniect.* 4. *& seq.*

bitorem ipsum iterum constituere se soluturum. Nemo dubitat, quin obligetur ex edicto; quia & constituit debitum, & constituit ipse, qui debuit. Non minus & hic obligabitur, quia debitum constituit, etsi debitum non a se, sed ab alio. Utputa: constituit quis se soluturum ei ipsi, cui prius debebatur. Huic obligabitur sine dubio, quia constituit debitum, & quod ei cui constituit, debebatur. Sed hoc amplius dicimus, etsi quis constituat se soluturum alii, quam cui debebatur, dum modo id quod creditori debebatur, nihilominus eum de constituta pecunia obligari. Horum utrumque ita traditur in *L. eum qui, §. quod exigimus, D. de pec. const.* Et adiicitur ratio ex verbis edicti sumpta, quam ante indicavi, *quia quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum sit*, idest generaliter, & sine ulla distinctione debiti. Pollicetur enim prætor se actionem daturum, si quis constituerit pecuniam debitam, neque adiicit quo iure, aut a quo, aut cui debitam. Hoc iuris nostri auctores dicunt scribi aut concipi in rem; ubi scilicet verba sunt simpliciter de re sine ullius modi, aut personæ designatione, ad quem res contrahatur. Sic in *L. iuris gentium, §. pactorum, D. de pact. L. metum, 9. §. ult. D. quod met. caus.*

III. Iam constituti obligatio observanda est. In qua cætera sunt cum aliis conventionibus communia, de quibus postea. Illud singulare & hoc loco animadvertendum, quod ex cæteris conventionibus, quæ valeant ad agendum, si puræ sint, statim nascitur actio. *L. in omnibus obligationibus, D. de reg. iur. §. omnis, Inst. de verb. obl.* neque id solum; sed & actio semel nata durat, quanvis in eo quod debetur accipiendo creditor moram fecerit; *L. illud, D. de per. & comm. rei vend.* ex hac autem conventione sic obligatio est, ut si per creditorem factum sit, quominus quod constitutum est acciperet, debitor non teneatur. Sic enim verba sunt edicti, ut prætor polliceatur ex constituto actionem, *si appareat eum qui constituit, neque solvisse, neque fecisse, quod constitutum est, neque per actorem stetisse, quominus id fieret*. L. si duo 16. §. 1. *D. de pec. const.* Qua conditione utique hoc significatur, eum qui pecuniam recte constituit, non teneri tunc, cum per actorem stetit, quominus ei solveretur, id est cum in eo quod offerebatur, accipiendo moram fecerit: quod fit, cum id recte & sua die oblatum sine iusta caussa accipere recusavit. *L. qui decem, 72. D. de sol.* Hac igitur mora interposita ab actore pecuniæ constitutæ, nulla illi actio est de constituta; & ut Ulpianus loquitur in *d. L. si duo, §. 1.* de pecun. const. *si non stetit per actorem, tenet actio*. Quod hanc significationem habet, ut si stet per eum, non teneat actio. Vis hæc est conditionis, ut deficiens omnia in contrarium mutet. *L. quibus, 40. §. quidam Titio, D. de cond. & dem.* Non tenet actio, id est non tenet constituentem, seu nulla est adversus eum actio. Hic, inquam ius singulare & diligenter notandum. Alterutrum enim necesse est, ut aut ex conventione constituti, quanvis verbis contrahentium pura sit, non det prætor statim actionem, sed ipse adiiciat de suo hanc conditionem: aut statim quidem det actionem ab initio, sed velit constituentem liberari postea, si per creditorem steterit, quominus acciperet. Utrum horum sensisse prætorem dixerimus, ius certe novum ab illo hic constitutum est, & propria natura constituti obligationi edicto attributa, præter regulas cæterarum conventionum atque contractuum, ut ostendi. Tantum hic videndum, utrum horum ex verbis edicti accipere debeamus. Et omnino posterius non debemus. Est enim non solum contra ius civile, sed etiam per se iniquum. Iure quidem civili nemo creditor quia aliquando recusat accipere, quod offertur, ideo debitum amittit, quamdiu res debita exitabit. *L. illud, D. de per. & com. rei vend.* Et vero aperte iniquum esset amittere: cum sit in potestate cuiusque de re sua statuere ut vult; eoque & accipere quod offertur, aut non accipere. *L. in re mandata, C. mand.* Relinquitur igitur prius, quod caret iniuria, quodque verba conditionis edicti magis significant, ut prætor vere intelligatur dare actionem de constituta sub hac conditione, si appareat per actorem non stetisse, quominus & fieret, & solveretur, quod constitutum est, non ante. Sed tamen & hoc ipsum est contra formam iuris in reliquis conventionibus. Quod enim ex aliis caussis pure promissum est, statim debetur & peti potest, Quod in diem, tunc cum dies venerit. *§. omnis, Inst. de verb. obl.* Hic autem prætor ex pura conventione pecuniæ constitutæ, non dat actionem nisi sub conditione. Sed non est iniuriosum in pecunia constituta, nec caret factum manifesta ratione. Cogitare enim debemus nullam hic iniuriam futuram fuisse, etsi ex constituto prætor actionem omnino non daret.

daret. Hoc enim & ius civile efficiebat, quo placet ex pacto nudo actionem non nasci. *L. legem, Cod. de pact.* Multo igitur minus iniuria fit ei, cui constituta est pecunia, si ei prætor det actionem ad certum modum. Et sane eum in hac actione danda versetur beneficium prætoris, fuit eius modum beneficio suo præstituere, qui & dedit. Cur autem visum sit ei in hac re modum statuere, atque hunc modum, non difficile est intelligere. Dedit enim, ut dixi, hanc actionem adversus regulas iuris, atque hactenus constituentem oneravit. Non abs re fuit, in qua actione constituentem onerabat: eam ita proponere, ut quam minimum sine iniuria creditoris fieri potest, debitorem oneraret. Quod ita fit, si placeret non teneri constituentem ne nunc quidem, cum adhuc res exstat, si modo aliquid obiici posset actori, quominus rem oblatam suo tempore accepisset.

IV. Contractus [2] emphyteuticus est, cum a domino ager datur alicui in perpetuum aut ad longum tempus fruendus certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quandiu pensio solvetur, agrum auferre non liceat, neque ei qui accepit, neque iis qui in locum eius successerunt. *§. adeo, Instit. de loc. & cond. L. 1.* & toto *Tit. D. si ag. vect. vel emphyt. pet.* Dixi de hoc iure *supra Lib. 9. Cap. 13.* Tantum hic notandum etiam contractum hunc consensu perfici; ut quod modo dixi, contractum hunc esse, cum fundus traditur supra scripta lege; ut verba sunt in *d. §. adeo, de loc. & cond.* sic accipi debeat; ut non necesse sit ita tradi, sed sufficiat & de eo ista lege tradendo convenire. Id non satis liquet ex constitutione Zenonis, quæ de hoc contractu est in *L. 1. C. de iur. emph.* Iubet enim iustum hunc esse validumque contractum, & quæ in eo placuerint, omnia debere custodiri. Sed potest dubitari qualis sit contractus, isne, qui peragatur consensu solo, an qui & traditionem agri ante desideret. Et si quæritur, utrum ex his, videri possit traditionem desiderare potius, cum ita scriptum sit, ut dixi, in *§. adeo, de locat.* existere hunc contractum, cum prædia perpetuo quibusdam fruenda traduntur. Ne ergo hic hæsitetur, certius aliquid afferendum est. Id vero est huiusmodi. Non dubitarunt veteres, quin hic contractus esset emptio & venditio, aut locatio & conductio. Utrum esset, non conveniebat inter eos. Hoc conveniebat, utrunvis horum esset, saltem esse alterutrum. *d. §. adeo, de loc. & cond.* At utrum horum esset, hoc efficiebatur contractum solo consensu perfici. Nam & emptio, & conductio pariter consensu constant. Non mutavit hoc ius Zeno constitutione sua, sed confirmavit. *d. L. 1. C. de iur. emphyt.* naturam enim & ius prius huius contractus non minuit, sed auxit. Quare etiam veterem naturam, quæ plenior esset ad pariendum obligationem, manere voluit.

V. Quid tamen, quod diximus in hoc contractu de his, de quibus convenit, scripturam desiderari ex *d. L. 1. C. de iur. emph. supra lib. 9. C. 13.* An non ea res facit, ut non videatur hic contractus solo consensu perfici? Minime. Res enim diversæ sunt, & quæ inter se nihil commune habent, contractus, & fides rei in contractu gestæ. Ad contractum pertinet consensus, ad fidem & probationem rei gestæ, scriptura. Quare ut maxime hic adhibeatur scriptura, atque adeo exigatur: non eo tamen minus semper verum sit, eam non ad contractum perficiendum, qui sine probatione esse potest, sed ad eum declarandum & probandum adhiberi. Scimus autem longe aliud esse rem aliquam, & id quo ea res declaratur & probatur. Sed si hic ad nullam aliam rem scriptura est utilis quam ad probationem, cur exigitur tanquam necessaria, cum aliis modis res probari possit, puta testibus? Et siquidem aliis modis posset facile probari, fatendum esset non esse necessariam. Sed aliæ caussæ has probationes admittunt. Hunc contractum visum est non facile fidem reperire posse sine scriptura. Protrahitur enim translatio agri vectigalis in longum tempus, & singulorum annorum suæ sunt præstationes & variæ. Unde facile fiat, ut & earum memoria excidat tempore, & domini res suas amittant, nisi quæ convenerint diligenter scripto sint comprehensa,

VI.

2) Quem civilem esse Valasc. *Iur. Emph. Quæst.* 3. & quos laudat Treut. *Vol. 1. Disput. 29. Th. 9. lit. B. &* Gœd. *ad L. 27. de V. S. n. 19.* eius formam primum a Zenone proditam. Sed & A. Fab. ante eum nomen incognitum fuisse, quod refelli *supra Lib. 9. Cap. 13. N. 4.* Verius autem qui eum iuri gentium adscribunt, ad quod eadem ratione uti licet, qua Donellus hic probat consensu illum perfici. Et Zeno non novam fecit speciem, sed eam quæ erat detexit, sicuti grana ex spicis excutiens, ait Claud. David. *Velit. legali ad §. Ius autem gent. I. de I. N. G. & Civ. n. 5.* vocans contractum hunc Sybilla Cumana antiquiorem ex *Gen. 47. v. 24. & seqq.* Ioseph. *Lib. 2. Antiq. Iudaic. C. 4.* vid. & Coras. *ad Rub. C. de I. Emph. n. 8. & 1. Miss. 21.* Bron. *1. Ass. 79.*

VI. Habet & contractus suam obligationem: cuius præstationes constent & ipsæ partim conventione, partim natura. Conventio hic omnis, ut in reliquis contractibus servanda. *L. 1. C. de iur. emphyt.* Ad naturam huius contractus pertinent omnia, quæ sine conventione emphyteuta domino, & vicissim dominus emphyteutæ præstare debet. De quibus ut ad ius emphyteuticum pertinentibus cum diligenter scripserim in eo iure explicando *supra Lib. 9. Cap.* 14. inde peti iubebo.

VII. Pactum 3 donationis nullam hic habet propriam obligationem, quæ ex natura aliqua & potestate privatim huic conventioni attributa descendat. Unica hic conventio totum facit: ac de vi conventionis omnis postea in commune dicetur. Tantum videndum diligentius, quod pactum hic dicamus lege Iustiniani confirmari. Quod quia attigi tantum leviter supra *libri superioris Cap.* 10. nunc pluribus exponam. Ergo non ex quovis pacto donationis caussa interposito Iustinianus actionem dedit, sed ex eo si quis diceret se donare aliquid in præsentia, verbis in præsens conceptis, hoc modo: Dono tibi centum aureos; dono illum fundum; dono usumfructum illius fundi; dono reditum tantæ summæ. Unde illa, si quis donaverit; si donationem faciat, feceritve; ut donator tradat res donatas, tradat quod donaverit. Quæ verba sunt *L. si quis argentum*, & *§. aliæ, de donat.*

VIII. Ex quo intelligere debemus, si verbis in 4 futurum conceptis promiserit quis nuda pollicitatione se quid donaturum alii, seu daturum se donationis caussa, eum pacto non obligari. Semper enim in legibus novis hoc tenendum est, quidquid lege nova specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi. *L. præcipimus* in fin. *C. de appell.* At vetus iuris certi regula est ex pacto nudo actionem non nasci. *L. legem, C. de pact.* Neque hoc ius specialiter immutatur a Iustiniano in pacto donationis, nisi quatenus verba pactionis in præsentem donationem concipiuntur. Quare ubi in futuram donationem concipientur, ius antiquum esse oportet. Et vero cur pactum donationis futuræ caussa interpositum valeat potius, quam ubi ex alia iusta caussa pacto nudo quid promittatur? Cur ergo in pacto præsentis donationis non idem servatur? Differentiæ rationem apparet Iustiniano hanc visam esse, quod cum ita dico, dono tibi illud, aut illud, verbis in præsens conceptis, perinde id habendum putaverit, quasi tradidissem. Nam quibus aliis verbis uterer in re tradenda, quam his ipsis, dono tibi hoc aut illud? quod non idem dici potest, ubi quid in futurum promittitur. Non est ergo istorum pactorum eadem ratio. Et ut quis diceret eamdem esse in hoc posteriore, non ideo tamen constitutio Iustiniani producenda est ad consequentias, cum sit contra rationem iuris. *L. quod vero, D. de legib.*

HUGO-

3) Est & hoc pactum legitimum, non vero contractus, cum caussam commercii non habeat, Gœd. *de Contr. stip. C. 1. n.* 39. Unde petitur res donata condictione ex lege *Nov.* 162. C. 1. §. 1. *in fin.* Nec *L.* 22. *de donat.* quidquam ad rem facit. Nam utique iure Pandectarum certum fuit pactum donationis, stipulatione non firmatum, actionem non produxisse. Vid. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 11. *n.* 17. Hopper. *Lib.* 4. *subarin pag* 133. Balduin. *ad pr. I. de don. n.* 2. *&* 3. P. Fab. *ad L.* 28. *de R. I.* Gifan. *ad Rub. D. de don. n.* 18. *& seqq. & ad L.* 22. *d. t. n.* 5 A. Fab. 45. *Err Prag.* 8. Diss. *DD. vulgo* Gomez. 2. *Resol.* 4. Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 48. Olim vero non ex nudo consensu valebat, sed aut traditione aut stipulatione firmata donatio *L.* 23. *de don. int. vir.* Quoties igitur in D. legitur facta per epistolam; toties per traditionem facta A. Fab 15. *Err. Prag.* 10. Inter parentes tamen & liberos contendit. Hot. *ad L.* 6. *C. si alien. res pign.* donationem sine traditione ratam esse voluisse D. Pium *ex* 4. *Sent.* Pauli 1. §. 11. & per *L.* 4. 5. *&* 7. Theodosii *de don. Lib.* 8. *Tit.* 12. quæ in hanc rem satis claræ. add. Cuiac. 20. *Obs.* 2. Nec tamen recte, ideo Hotoman. *d. L.* 6. accipit de donatione, quam traditio non secuta. Quia id verba illius, *titulo donationis translatum* non patiuntur. Licet enim donatio illa valeret sine traditione & mancipatione solemnibus, non tamen dominium ante, ex iuris ratione, transire potuit, sicuti nec hodie transfertur, sed tantum obligatio. *Nov.* 162. C. 1. ut ipse Hot. 4. *Obs.* 25.

4) Per verba dabo, donabo, &c. vid. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 9. Nec etiam hodie perfecta est, nisi, cui donatur, eam gratam ac ratam habuerit, præterquam in casu singulari favore Ecclesiæ. Cuiac. *Cons.* 43. Num vero si præsenti fiat, & tacenti silentio acceptari censeatur, vid. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 62. *n.* 12. *& seq.*

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER DECIMUSQUARTUS.

De contractibus qui re fiunt, deque ſingulorum tum natura, tum obligatione propria pro natura cuiuſque.

CAPUT I.

Mutuum quid ſit, & quæ obligatione hinc nata contineantur. Nomen quam conveniens rei, & eius notatio.

I. COntractibus cognitis iis, qui ſolo conſenſu conſtant, de quibus ut & de earum obligatione propria, ſuperiore libro dictum eſt. Tranſeamus ad eos qui re fieri dicuntur, quibus in diviſione contractuum a nobis inſtituta ſecundum locum dedimus. In his, ii qui certam appellationem habent, primum locum obtinent, & recto ordine prioribus ſubiiciuntur, utpote illuſtriores cæteris ſequentibus, & qui ad priorum naturam propius accedunt. Hi ſex ſunt, ut diximus *Lib.* 12. *Cap.* 13. Mutuum, Commodatum, Depoſitum, Pignus, Dos, Donatio propter nuptias. Quorum de prioribus quatuor comprehenſum eſt *Tit. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* Duo poſteriores a compoſitoribus iuris reiecti ſunt in tractatum de nuptiis tanquam res nuptiis adiunctæ. Sed ſi obligationem de his reddendis ſpectamus, & cauſſam eius obligationis quærimus, reperiemus omnino & obligationem & cauſſam ad hoc genus referri, præter certum nomen quod & ſi contractus cum ſuperioribus habent commune. De his ergo hoc loco, atque iſto ordine deinceps dicemus. Id quærentes quod eſt propoſitum, quid ſit horum unumquodque, & ex his pro natura cuiuſque quæ obligationes & præſtationes.

II. Mutuum & pro re mutuo data accipitur, ut cum dicimus mutuum dari. *L.* 2. in pr. *D. ſi cert. pet. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* in pr. & pro contractu ipſo mutui, ut cum dicimus mutuum contrahi. Nos cum Iuſtiniano definitionem ad rem mutuam conferemus, inde contractum ipſum facile intellecturi. Eſt igitur mutuum res, quæ uſu conſumitur, utenda data ita, ut accipientis fiat, ac quandoque repoſcenti creditori reddatur tantumdem. Definitio tradita non ſane iiſdem verbis, ſed ſententia eadem in *d. Tit. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* in princ.

III. Ea nos admonet tria eſſe ſumma, quæ mutuum conſtituant. Rem quæ datur, tanquam materiam in qua verſetur mutuum: Rei huius traditionem, tanquam formam rei gerendæ, aut ſi quis malit tan-

tanquam caussam efficientem; & Finem dandi huius contractus proprium.

IV. Res sunt, omnes quæ usu consumuntur, quæ item a nostris dicuntur pondere, numero, aut mensura constare. *d. Tit. Inst. quib. mod. re contr. obl. L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Cuius generis res quæ sint, traditur in *Inst. ibidem*. Cur his rebus dicantur constare, exposui ad *d. L. 2. §. 1. si cert. petat.* Enimvero cur in mutuo huiusmodi res exigimus? Quia mutui natura cogit: quæ hæc est, ut hæ res utendæ dentur, & simul fiant accipientis. Quam ob rem mox dicetur. Supervacuum autem sit exigere dominii translationem in his rebus, quæ sic dantur utendæ, ut usu non consumantur. Res inventas traditio sequi debet, qua res dentur. Ut intelligamus, nisi res proficiscatur, non esse mutuum: atque hinc esse, quod dicatur mutuum re contrahi, ubi scilicet res tradita initium obligationi præbet. *d. tit. quib. mod. re contr. obl.* Finis dandi tria continet. Primum ut res detur utenda, ac post usum reddatur; sine quo aut donatio sit, aut venditio, & si quid est simile. Secundum, ut sic detur utenda, ut simul fiat accipientis. Quod in superioribus rebus utendis datis ideo fieri necesse est, quod non possit qui acceperit suo iure uti, ut velit, nisi consumat; iure autem consumere aut alienare non possit, nisi dominio in eum translato. Nemo enim de re pro arbitrio statuere potest, nisi dominus. *L. in re, C. mand.* Tertium, ut reddatur tantumdem. Quibus verbis rursum tria continentur ad eundem finem pertinentia. Primum, ut quid reddatur. Deinde ut aliud; postremo ut ita aliud, ut tamen id efficiat tantumdem: quod fit, si est eiusdem generis & bonitatis. *d. tit. Inst. quib. mod. re contr. obl. L. 3. D. si cer. pet.* Quod aliud reddi debet, est conventionis tacitæ; quæ ex eo intelligitur, quod res utenda datur. Neque enim hoc aliud significat, nisi id agi, ut post usum reddatur. Quod placet, ut reddatur aliud; natura rerum mutuo datarum, & earum translatio id facit. Nam si id agitur, ut tanquam suas consumere liceat; id etiam agi perspicuum est, ne eædem reddantur. Consumptæ enim reddi non possunt. Sequitur igitur, ut aut nullæ reddendæ sint, aut reddendæ sint aliæ. Rursum quia mutuum officii est & liberalitatis; nec convenit cuiquam officium suum esse damnosum: etiam hoc agi intelligendum, ut quod reddetur aliud, reddatur sine damno & iniuria dantis. Quod fit alia re reddita, quæ sit eiusdem generis & bonitatis. Nam in rebus superioribus, quæ pondere, numero, mensurave constant, hoc evenit, ut re eiusdem generis & bonitatis ac quantitatis soluta, æque satisfiat creditori, atque si res ipsa statim reddita esset, atque etiam magis. Idque est, quod Paulus ait, ista solutione apprime satisfieri creditori, quia hæ res functionem recipiant in suo genere magis, quam specie. Quod quid sit, exposui ad *L. 2. §. 1. si cert. pet.* ubi hæc ratio Pauli legitur

V. Quæ omnia ad restitutionem pertinentia apparet eiusmodi esse, quæ obligationem mutui contineant, & eam, quæ ex natura mutui per interpretationem æqui & boni magis inducatur, quam nascatur ex conventione. Illud de superiore conventione tota monendi sumus: quod diximus mutuum dari hac conventione, ut fiat res accipientis, sic deinde reddatur tantumdem, de tacita conventione accipiendum esse, ut intelligatur, si quid adversus eam conveniat, non esse mutuum. Cæterum expressa conventio hic non desideratur. Constat ad omnem istam translationem & obligationem sufficere, res superiores ita dari, ut dicantur dari mutuo, & accipiantur hoc nomine. *L. 3. L. lecta, D. si cert. pet.* Ipso hoc verbo intelligitur id agi, ut ea sit translatio, & restitutio quam diximus, ratione æquitatis eam inducente. In quo est natura huius contractus.

VI. De verbo mutui notandum, nomen ex re natum esse. Dictum est enim, non utique eo tantum quod de meo tuum fiat, ut est in *L. 2. §. appellata, D. si cert. pet.* alioqui donatum, venditionis, permutationis caussa traditum sit mutuum: sed quia vice versa hoc etiam agatur, ut tuum illud, quod acceperas, rursum fiat meum. Inest enim in hoc verbo reciprocatio mei & tui, idest hæc vis, ut meum tuum fiat, & retro tuum meum. Id usus loquendi veterum probat. Nam quæ sunt reciproca, mutua vocamus. Ut cum dicimus mutuum amorem; *L. 1. D. de donat. int. vir. & ux.* mutuam pensationem; *L. vero, 39. D. sol. matrim.* mutuas operas apud Terentium in *Phorm. Act. 1. scen. 5.* mutuam observantiam: cum scilicet hæc ita conferuntur a nobis in aliquem, ut rursum eadem, seu paria ab illo ad nos reciprocentur, & redeant. Sic autem fit in mutuo, ut quod de rebus superioribus tibi a me utendum datum est, rursum ad me redeat, & meum fiat, non si specie easdem res reddas, quæ datæ sunt, usu enim consumpsisti, sed si reddas tantumdem,

dem, ideſt res eiuſdem generis & bonitatis, quibus ita redditis commodo ipſo videaris maxime idem reddidiſſe.

VII. Plura ex commentariis licet petere ad *d. L. 2. D. ſi cert. pet.* ſi de eo quæritur: Quomodo mutuum contrahatur. Habet & iudicii huius natura, quæ hic præcipue ſpectari debeant, cum in genere actionis, tum in eius actionis perſecutione, ac iure. Quæ & ipſa fuſe ſuis quæque locis in iiſdem commentariis a me expoſita, inde peti velim. Ut ſunt hæc; Quæ hinc ſit actio; de quo in *L. certi*, 9. in pr. §. 1. & 2. *eod.* Cui detur; de quo in *ead. L. 9. §. ſi nummos, L. ſi a furioſo*, 12. *L. ſi filiusfamilias* 14. *L. cum filiusfamilias* 17. *eod.* Adverſus quem; de quo in *L. civitas*, 27. *L. ſi inſtitorem*, 29. *L. qui pecuniam*, 30. *eod.* Qua de re, & ad quid; de quo in *L. 3. L. rogaſti*, 11. *§. ſi tibi, L. vinum*, 22. *eod.* Poſtremo & quod pertineat ad periculum rei mutui nomine acceptæ; de quo in *L. 4. L. rogaſti*, 11. in pr. *eod.*

C A P. I I.

De Commodato, Depoſito, Pignori dato. Quid ſit horum unumquodque: Ex quo intelligatur, & ubi ſit in his conſenſus ad obligationem contrahendam, & cur hæc re contrahi dicatur.

Methodus & propoſitum auctoris. I.
Commodati definitio & explicatio. II. & ſeqq.
Quid ſit commodare. III.
Commodatum qua re differat a mutuo. Et de notatione nominis. IV.
Debet eſſe gratuitum. V.
Differt a precario; & quomodo. VI.
Conſtat rei traditione, & conventione tacita de re eadem reſtituenda. VII.
Depoſitum quid. Rei traditione & eiuſdem reſtituendæ conventione tacita perficitur. VIII.
Commendandi verbum quatenus depoſiti ſignificationem habeat. IX.
Pignus quid ſit. X.
Ad obligationem pignoratitiam traditio rei facta pignoris cauſſa requiritur. In quo poſita illa obligatio. XI.
Ad contractum pignoris etiam tacita conventio reſtituendi neceſſaria: quomodo deprehenditur illa conventio. XII.

I. QUi ſequuntur contractus tres, Commodatum, Depoſitum, Pignus datum, de his ita dicam, ut ſeparatim quid ſit horum unumquodque, quamque cauſſam ad obligationem in ſe habeat, definitione explicem: de obligatione autem eorum poſtea dicam in commune, quando hæc iiſdem præceptis & præſtationibus fere per omnia communibus contineatur; ne ſi ſeparatim de hac dicam in ſingulis, ſæpius eadem inculcare cogamur, quæ melius ſemel dici potuerunt, & vero debuerunt.

II. Commodare, unde commodatum, eſt rem quæ uſu non conſumitur, ſeu mobilem ſeu immobilem utendam gratis dare certo præſcripto utendi fine aut modo. Quod diximus, rem quamlibet quæ non conſumatur uſu utendam dare, ſic deſcribitur in §. item is, *Inſt. quib. mod. re contr. obl. item in L. 1. D. commod.* Adiicimus gratis, quoniam non eſt commodatum niſi gratuitum. *d. § item is*, in extremo, *L. ſi gratuitam*, 17 *§. ſi cum unum, D. de præſcr. verb.* De fine & modo utendi ſignificatur in *L. in commodato*, 17. *§. ſicut, D. commod.* quæ explicanda ſunt.

III. Eſt igitur [1] commodare rem dare. Recte dare, non [2] convenire de re danda, ut intelligamus, ſi qua hic contrahitur obligatio, hanc quoque ut in mutuo, non conſenſu & conventione ſola contrahi, ſed re, ubi ſcilicet commodatum non niſi re

1) Dicitur autem commodo, id eſt uſu rei, Don. *ad Rub. C. h. t. n. 2.* Mozz. *de Comm. d. C. 1 n. 1.* Generaliter enim ſignificat prodeſſe, ſed hic peculiarem ſignificationem habet, Duar. *h tit Cap.* 9. vel qua cum modo, id eſt certa forma utendi datur, Weſ *in Par. h.* Oldend. *Cl. 4. Act.* 15 Vult. *in §. 2. Q. Quib. mod. re. contr. n. 4. & 6.* Prius etymon voci convenientius, poſterius rei ipſi & magis adæquatum, quia non quicquid commodat, commodatum eſt. & aliquando ſolius dantis gratia initur *L. 5 §. 10. L. 10 § 1. L. 12. Pr. hoc tit.* Sane & opera commodari dicitur & præſentia ab Advocato, Aſcon. *in Divinat. Cic*, lo. a Wouver. *not. in Petron. p. m* 160. Legimus & uſum vel rem ad uſum mutuari *L. item 49. § 2 de L. 3 L 12. §. 14. de inſtr. leg.* Unde Cuiac. *in Par. h. & 11. Obſ.* 37 in commodato ineſſe mutuum ad uſum, in mutuo commodatum ad abuſum. Vid de commodato Duar. *ad h. tit.* Gumez. 2. *Reſol.* 17. Old. *Cl 4. Act.* 15. Coler *Deciſ.* 7.

2) Nam etſi convenerit ut mihi ex. gr equum commodes Lipſiam uſque, nuda eſt pacto, actionem non pariens, Don. *ad Rub. C. h. n.* 5.

re fecuta & tradita initium obligationi præbet. Atque hoc modo contrahi indicat Titulus Institutionum *quibus modis re contrahitur obligatio*, cui Titulo hic contractus fubiicitur in *d.* §. *item is*. Eademque obligatio verbo *dandi* fignificatur in fequentibus contractibus, qui & ipfi eidem titulo attribuuntur.

IV. Sed non fimpliciter eft rem dare, ut fit dominium transferre, id quod dandi verbum per fe pofitum fignificat: *L. ubi*, §. *ult.* *D. de verb. obl.* §. *fic itaque*, *Inft. de act.* Sed dare 3 rem, quæ ufu non 4 confumatur, tantum utendam. Qua nota utraque diftat commodatum a mutuo. Nam & in mutuo res datur utenda. Unde permittere alicui uti pecunia noftra, eft mutuam dare in *L. certi*, 9. §. *ult.* *D. fi cert. pet.* fed datur res utenda quæ ufu confumitur. Et ad eam confumptionem fic datur, ut fiat accipientis, quo is fuo iure poffit confumere. Utrumque contra in commodato. Si commodare eft tantum utendum dare: *d. L.* 1. *commod.* nihil hic datur amplius, quam ufus, falva manente rei fubftantia: neque id fit aliter, quam fi ea res detur utenda, quæ ufu non confumatur. Sequitur igitur quod eft in *L.* 5 *rei*, 8. & *L. nemo*, *feq.* *D. commod.* ut nemo commodando rem faciat eius, cui commodat; & propterea qui dedit, rei commodatæ poffeffionem & proprietatem retineat: Et ex hoc ufu nomen natum commodati. Nam hic ufus nihil aliud eft, quam rei commodum, quod concedentibus nobis ab alio ex re percipitur. Eo fit, ut qui re uti permittendo hoc commodum alii concedit, recte dicatur rem commodare.

V. Adiiciendum eft gratis, ne fit locatio, mercede ab initio pro ufu conftituta; *d.* §. *item is*, in fin. *quib. mod. re contr. oblig.* aut incerti contractus fpecies, fi pro ufu alia res præftatur, quam pecunia; aut pecunia quidem, fed quam placeat conftitui poftea. *Inft. de locat.* in pr. *arg. in L. fi tibi policenda*, 22. *D. de præfcr. verb.*

VI. Nondum fatis ad definitionem. Nam hucufque omnia cum precario communia. Si quidem precarium eft, quod precibus petenti utendum conceditur, & maxime gratis, ac liberalitatis cauffa. *L.* 1. *L.* 2. *L. interdictum*, *D. de precar.* Unde & precarium fimile commodato dicitur in *d. L.* 1. *D. de prec.* An quod hæc funt eadem, ut non fit neceffe quidquam amplius addere ad commodati definitionem? Sed hæc eadem non effe, diverfa vocabula his indita facile indicant; argumento in *L. fi idem*, *Cod. de codic.* multo autem magis vis & poteftas utriufque generis. Nam ex commodato civilis actio eft & certa, commodati. *L. in commodato*, 17. §. *ficut*, *D. commod.* Ex precario nulla nobis civilis, id eft certa, & certi nominis. Unde & de eo Interdictum propofitum a prætore. *L. interdictum*, *D. de prec.* Qua igitur nota difcernimus commodatum a precario? Nempe hac, quam ideo adiecimus in definitione, ut fit commodatum tum quidem, cum res utenda datur & gratis: fed tamen certo præfcripto utendi fine aut modo. Id expreffit Paulus in *d. L. in commodato*, 17. §. *ficut*, in princip. *D. commodat.* his verbis: *modum commodati*, *finemque præfcribere eius eft*, *qui beneficium tribuit*. *Cum autem id fecit*, *id eft poftquam commodavit*, & quæ fequuntur. Ergo id facere, id eft modum & finem præfcribere in commodato, eft commodare. Precarium autem eft, cum res utenda datur fimpliciter. Ut recte definiatur precarium hoc modo: quod gratis utendum datum eft, nullo præfcripto utendi neque fine neque modo. Exempli cauffa. Dedifti mihi equum utendum. Si ad certos dies, fi ufque ad certum locum, fi ad certum opus; commodatum eft. Si fimpliciter, precarium eft. Item dedifti mihi trabem aliquam utendam roganti. Si ad domum meam fulciendam, commodato; fi fimpliciter, dedifti precario. Hæc & his fimilia exempla de commodato exftant in *d. L. in commodato*, 17. §. *ficut*, *commod.* Nec dubium, quin contraria conditio in precario intelligi debeat. Atqui id effectus huius diftinctionis, qui in utroque genere diverfus cernitur, facile probabit. Nam commodatum ftatim & intempefti-

3) Etiam aliena *L.* 15. *& feq. h.* etiam incorporalis ut habitatio, *L.* 1. §. 1. *in fin. hoc tit.* *L.* 17. *pr. de præfc. verb.* id eft fervitus feu ius illud, de quo in *t. de Ufu & hab.* Mozz. *Cap. de Rebus quæ comm. poff. n.* 2. nec recte Alb. Gent. 4. *Lect.* 5. & P. Greg. 23. *Synt.* 1. *n.* 2. exponunt de ædibus, quia in *d.* §. 1. fit extenfio per vocculam *amplius*. Et faciunt *L.* 3. *L.* 8. §. 5. *L.* 15. §. 2. *de precar.*

4) Nifi & illæ ad pompam & oftentationem commodentur *L.* 3. §. *ult.* vel ut dicis gratia nummi intercedant *L.* 4. *h. tit.* id eft, non ferio, fed perfunctorie & fimulate, ut defungi fuo munere quis videatur, vel ut poffit dicere fe numeraffe, vel ad folemnia peragenda, vid. A. Aug. 2. *Emend.* 2. *p.* 78. Covar. 4. *Refol.* 8. Duar. 1. *Difput.* 47. & ad *L.* 7. §. *dolo* 9. *de pact.* & *hoc tit.* *Cap.* 2. Coraf. 4. *Mif.* 8. Turneb. 11. *Adv* 12. & *in Varr. de ling. Lat. f.* 297. Hopper. *Lib.* 1. [illegible] *pag.* 23. Connan. 7. *Com.* 2. *n.* 12. Cuiac. 10. *Obf.* 37. Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 35. Pithæ. 2. *Subfec.* 8.

5) Iure Saxonico tamen res a commodatario alienata nequit repeti ab emptore, fed tantum actio contra commodatarium, Landr. *Lib.* 2. *Art.* 60. vid. Coler. *Decif.* 7. *n.* 7. *& feq.*

pestive repetere non licet. Scilicet quia datur ad certum modum, finemque utendi; ante quem commodatum repetere est contra bonam fidem. Denique est accipientem beneficio decipere, ut eleganter declaratur in *d.* §. *sicut*. At precarium non diutius durat, quam patitur is, qui concessit. Ideoque & statim cum videtur, licet revocare. *d. L.* 1. *L.* 2. *de prec.* An non ideo, quia non ad certum modum & finem utendi, sed simpliciter datur? alioqui non magis hic liceret intempestive & contra tacitam conventionem rem repetere, non magis accipientem beneficio decipere, quam in commodato.

VII. Ex hac datione restituendi conventio, ex conventione, cui res tradita adiungitur, intelligitur is contractus, quem hic quærimus, qui scilicet conventionem habens id habeat, sine quo nullus contractus est; *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* rem autem habens, unde obligatio initium sumat, sit vere is contractus quem re fieri dicimus. Traditio aperta est, sed nec obscure restituendi conventio hic se ostendit. Mitto, quod commodatum beneficii est & liberalitatis. *d. L. in commodato*, 17. §. *sicut*, *commod.* Natura autem æquum est, tandiu unumquemque liberalitate mea uti, quandiu ego velim; & ut possim revocare, cum mutavero voluntatem, ut bene scriptum est in *L.* 2. *D. de prec.* Illud manifestam restituendi conventionem ostendit, quod commodatum datur nominatim ad certum usum, finemque præscriptum. Sic enim aperte intelligitur id agi, ut cum ad eum modum & finem usus fueris, commodatum amplius non habeas, si velim reposcere. Certo enim rei cuique præscripto modo aut fine, ultra concedi nihil intelligitur. *L. maritus*, in fin. *C. de proc. L. diligenter*, 5. *D. mand.* Quamobrem & agitur hoc ipsum aperte, ut hoc usu finito rem reposcenti restituas. Sic enim desines habere, si restitueris.

VIII. Deponere, unde [6] depositum, est rem alteri custodiendam dare. Sic definitur in *L.* 1. *D. depos.* Recte, dum intelligamus quod nihil nisi custodiendum datur, nec quidquam vicissim præstatur promittiturve pro custodia. Alioqui pecunia interveniente locatio est: interveniente re alia; incerti contractus genus. Ut appareat depositum quoque, ut commodatum [7] gratuitum esse debere. *d. L.* 1. §. *si vestimenta*, §. *si quis servum*, *seq. D. eod.* Ita plenius recte definiatur hoc modo, rem alteri gratis custodiendam dare. Hinc obligatio de eadem re restituenda. §. *pen. Inst. quib. mod. re contr. obl.* obligatio, quæ ex ipsa significatione verbi sua sponte intelligitur. Hoc enim rem custodiendam dare nihil aliud est, quam id agere; ut nihil de re a nobis deposita transferamus in accipientem, sed ut eamdem rem habeamus ut prius, atque adeo ut per eius custodiam magis habeamus. In quo perspicuum est id agi, ut reposcentibus nobis quandocunque volemus, restituatur. Sic enim fiet, ut custoditam, sic deinde restitutam salvam habeamus: quod aliena custodia quærebatur. Est igitur hæc restituendi obligatio ex contractu, quia ex conventione: & obligatio ita ex contractu ut re contrahatur; quia ut sit depositum, prius rem poni apud alium oporteat; & quia si res restituenda est, natura non patitur, quin prius res detur, atque ita res tradita initium præbeat obligationi.

IX. Hoc idem dicitur [8] commendare, ut est in *L. commendare*, *D. de verb. signif.* Sed generalis illic definitio ne nos fallat, animadversione indiget. Sic enim illic traditur, ***commendare nihil aliud est, quam deponere.*** Generaliter hoc modo definitum falsum est. Neque enim cum aliquem commendo alteri per literas, ut in *L. si vero*, 12. §. *cum quidam*, *D. mandat.* eum quem commendo, apud illum alterum depono. Nec cum proficiscens commendo amico uxorem, liberos, familiam, domum denique totam; quidquam horum apud amicum depono: cum & domus maneat eodem loco, & familia domi. Sed tunc commendare significat deponere, cum prius id fit, quod depositi proprium est, idest rem alicui tradimus, sic deinde dicimus nos eam illi commendare. Ut commendare quod deponendi significatio-

6) Alias rem significat, ut cum dicitur restitui *L.* 10, *C. hoc tit.* alias contractum per metonimiam subiecti, qui & depositio *L.* 1. § 22. *L.* 5. §. *ult. h.* A de & ponendo derivat Ulp *L.* 1 *Pr. h tit* quia *de* auget significationem. Sic dedere, deamare, deperire, demirari: sic deposcit Plaut *in Arg. Aulular.* vid. Cujac 1. *ad Afric in* §. *ad L.* 20. *de man test.* Casp Schopp 2. *Verisim.* 9. licet in quibusdam minuat, vid. Taubman. *not. in Epidic. Plauti Act* 1. *Sc.* 1.

7 Scilicet mobilem quæ custodiam recipit, non vero rem soli, Vult. *in* §. *præterea* 3. *I. Quib. mod. re. n.* 11, Mozz. *de Depos. C de reb. n.* 1. *&* *C. de substantial. n.* 6 *&* 7. Cum enim loco moveri nequeat, nec poni potest, ne dum deponi. Diss. Goed. *ad L.* 110, *de V. S. n.* 3.

8) Vid. Goed *ibid.* Hot tamen 4 *Obs.* 14 interesse inter hæc vult temporis rationem Depositum dici quod diu servandum, *Coll LL. Mosai. Tit* 10 ubi sententiam quandam Pauli emendat Hot. Commendatum vero ad breve tempus per *L* 14. §. 4 iunct *L* 40 *de Reg.* Quod discrimen inde non infertur. Quidni vere dicatur deposita res, etsi mox repetenda; neque enim diem conventioni adiicere necesse est.

cationem habet, sit rem alicui traditam illi commendare. Ut fit in specie *L. Lucius*, 24. *D. de po.* Ad quam speciem accommodate usus est Papinianus superiore definitione verbis quidem generali, ut est in *d. L. commendare, de verb. sign.* sed quæ ad speciem illic propositam referri debeat. Ut sit sensus, commendare in specie proposita nihil aliud esse, quam deponere. Itaque vitiose compositores, qui sententia ex suo loco ubi quadrabat, transsumpta, ex speciali generalem fecerunt.

X. Pignus est res omnis pro debito creditori obligata. *§. item Serviana, Instit. de act.* Sed tunc proprie, cum res in eam caussam tradita est creditori. *L. si rem*, 9. *§. proprie, D. de pignerat. act. d. §. item Serviana.* Dictum est enim pignus a pugno: quasi quod manu tradatur, *L. plebs, §. pignus. D. de verbor. significat.*

XI. Sed non sic pignus accipimus per omnia in obligatione pigneraticia, de qua nunc agimus. Posterius quidem semper exigimus, ut quid traditum sit pignoris caussa, ut nascatur hæc obligatio. Prius autem ut vere sit pignus, non necessario ad hanc obligationem requiritur. Est hæc obligatio in id, ut res eadem quæ pignori obligata erat, restituatur, *§. ult. Institut. quib. mod. re contrah. obligat.* Id fieri non potest, nisi prius res creditori fuerit tradita, quam acceptam ille restitueret. Ideo & in hac obligatione, si pignus vere constitutum est, etiam id traditum esse oportet creditori, ut efficiatur id, quod proprie ita dicitur. Unde & pigneraticia actio dicta illa in personam, quæ de hoc pignore repetendo competit, dicto *§. ult. Institut. quib. mod. re contrah. oblig.* Sed ut contrahatur hæc obligatio, non est necesse rem ita dari pignori, ut sit vere pignori, seu ut in ea constet pignus: solum hoc sufficit datam esse rem pignoris caussa, id est ut esset pro debito creditori obligata, etsi iure non sit obligata. Idque ita intelligi potest. Nam ut vere contrahatur pignus, duabus rebus efficitur; si subest aliquod dehitum, pro quo res obligetur; *L. 5. D. de pignor.* & si iure pro eo res obligetur. Quod ita fit, si is eam dederit, qui ius dandi habuit, id est si fuit in eius bonis. *L. cum res*, & toto Titulo, *Cod. si alien. res pig. data sit.* Neutrum horum exigimus, ut sit pigneraticia obligatio & actio. Solum illud, ut tanquam pro debito res fuerit opposita ita, ut pignoris loco haberetur. Finge rem datam futuræ obligationis nomine, quæ postea secuta non est. Finge datam rem alienam pignori. De utraque restituenda pignoris nomine obligatur is qui [9] accepit, non secus, quam si vere pignus fuisset constitutum. *L. solutum*, 11. *§.* 1. *L. si rem alienam*, 9. *§. is quoque. L. si pignore*, 22. *§. si prædo, D. de pigner. action.* Quid si convenerit, ut res quæ vere erat debitoris, esset obligata ei, cui vere debebatur, non tamen res ei tradita fuerit? Pignus non minus iure contrahitur. *L.* 1. *D. de pignerat. action. L. si tibi, §.* 1. *D. de pact. L.* 4. *L.* 5. *D. de pign. §. item Serviana, Inst. de action.* Et hinc quidem actio in rem creditori, quæ dicitur hypothecaria & Serviana, *d. §. item Serviana.* Sed hoc ad pigneratieiam obligationem contrahendam, ex qua est actio pigneraticia, non pervenit. Pignus enim tradi oportet, non ut sic obligetur, sed ut restitui oporteat. Ergo hæc obligatio merito dicta est re contrahi, dicto *§. ult. quib. mod. re contrah. oblig.* ut cui initium non sit nisi ex re [10] tradita.

XII. Sed tamen ad contractum etiam inesse oportet conventionem restituendi. Sine qua ne contractus quidem sit, *d. L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.* Ubi igitur & hic illa conventio? Inclusa est verbo pignoris; Et iam satis intelligitur, definitione verbi cognita. Nam si pignus res est ita data, ut sit obligata solum pro debito, aperte pignoris appellatio cogitatione contrahentium hanc significationem habet, ut si debitum non est, nec sit pignus. Denique definitio superior hoc ostendit, pignus esse accessionem principalis alicuius debiti & obligationis, quod & verum est. *L.* 5. *D. de pignor.* Ita fit, ut obligatione remota nullum possit esse pignus, sive ab initio nihil debitum fuerit, sive quod cœperat deberi, postea desierit. Hinc conventio ex vi verbi, ut sublata obligatione, ne creditor pignus habeat. Proinde ut restituat; si quidem hoc modo habere desinet. Unde & obligatio pignoris seu pigneraticia actio in hoc, ut pignus red-

9) A. Fab 7. *Coniect.* 19. Sufficit ad pigneratitiam, quod in pignoris caussam res tradita, debitique solutionem creditor acceperit. Alioqui alienam rem pignoris nomine impune retineret creditor. Nec distinguitur an debitor alienam sciens dederit. Nam & prædoni competit etiam de fructibus *L.* 22. *§. h. t.* Nec enim æquum est propter personam prædonis, qui creditori satisfecerit, remanere fructus penes creditorem nullo iure & sine caussa. Facit *L.* 55. *de cond. ind.* Sic namque creditor ipse prædo fieret, prædandi caussam captans ex bonæ fidei contractu.

10) Nuda quidem conventione contrahitur pignus *L.* 1. *pr. h. t.* re tamen obligatur qui pignus accipit, quia huic obligationi non constitutio pignoris, sed acceptio caussam dat. Duar. *de Pignor. act. Cap.* 1.

reddatur hac conditione cum omnis pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum creditori. *L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pigner. act.*

C A P. III.

De Commodati, Depositi, Pignoris dati obligatione & præstationibus mutuis in commune.

Commodati, depositi, pignoris obligatio tria habet communia; & quæ illa. I.
Accipientis obligatio præstat acceptæ rei curam, & tempestivam eius restitutionem. II.
Cura dolum semper excludit; non raro & culpam quæ a dolo absit; & quando. III.
Tempestiva restitutio multiplex. Quæ ea; & quomodo distinguenda. IV.
Utraque est rerum datarum, & earum quæ illis accedunt. V.
Posteriorum genera duo; & quæ. VI.
Accedunt rebus datis aut illa quæ rem datam sequuntur; aut lucra ex re data percepta. VII.
Prioris generis exemplum. VIII.
Lucri, quod obvenit ex pignore, commodato, deposito, genera quatuor. IX.
1. *Fructus ex re percepti.* X.
2. *Pretium ex re distracta collectum.* XI.
3. *Pœna furti.* XII.
Cur pœnæ restitutio incumbit creditori dumtaxat, non commodatario, vel depositario. XIII.
Differentiæ ratio a Bartolo & Accursio optime reddita; & quæ. XIV.
4. *Actiones, quæ accipienti ex re commodata, deposita, oppignerata acquiri possunt. Singularum exempla.* XV.
Harum restitutio cessione cuiusque debet fieri: & quæ hic habenda distinctio. XVI.
Obligatio dantis præstat omne quod occasione rei datæ abest accipienti. XVII.
Nomine eius quod abest veniunt damna, & impensæ. XVIII.
Damna in triplici genere; & quæ illa. Singula quatenus a dante præstanda. XIX.
Impensæ quænam; & quomodo repetuntur. XX.
In contrariis iudiciis reorum condemnatio in eius quod abest æstimationem dumtaxat. XXI.

I. IAm de horum contractuum obligatione in commune dicatur, quando hæc communibus præceptis constans in varia dispertiri non debet. De his loquor, quæ in his pro natura contractus ex bona fide præstanda sunt sine alia manifesta conventione. Habet vero horum contractuum obligatio tria hæc communia, numerum obligatorum, mutuas actiones easdem, & in singulorum obligatione præstationes communes, si pauca quædam exceperis. Numerus obligatorum idem. In his enim non obligatur is tantum, qui rem accepit, ut reddat; sed & is contra sibi obligat dantem, ut in mandato procurator. Ut merito in his quoque dicantur suscipi obligationes præstationesque civiles. Quod de commodato positum est in *L. in commodato*, 17. §. *sicut*, *D. commod.* Actiones in bis istarum præstationum caussa non solum mutuæ propositæ, quod priori consequens fuit, *d.* §. *sicut*. Sed etiam actiones eædem in omnibus, nempe directa & contraria, quarum vim & significationem supra in mandato exposuimus eius *Libri Cap.* 14. Directa, quæ danti adversus accipientem; Contraria, quæ accipienti adversus dantem competat. Sic dicuntur commodati actiones in *L. in rebus*, 18. §. *ult. D. commod.* Sic in deposito, & in pignore. Nam cum in his nominatur contrarium iudicium, ut in deposito in *L.* 5. in pr. *D. depos.* in pignore, ut in *L. tutor*, 16. §. 1. *L. si rem*, 9. in pr. *de pignerat. act.* satis declaratur esse ex adverso directum iudicium; cum non sint contrariæ actiones, nisi quæ directis opponantur, §. *ex quibusdam*, *Inst. de pœn. tem. litig.* Iam & uniuscuiusque obligationis horum præstationes fere unius generis. Ex quibus quid in obligatione singulorum versetur, id est, quæ & qualis sit singulorum obligatio intelligetur.

II. Et ut ordiar ab ea obligatione qua tenetur, qui in bis contractibus rem accepit, quæ & principalis obligatio est, & cuius nomine adversus eum directa & principalis actio, sic nominata in *L. in commodato*, 17. §. 1. *D. commod.* continetur

tur hæc omnis obligatio duabus præstationibus, tanquam partibus, Cura rerum ad fidem accipientis pertinentium, & Tempestiva illarum rerum restitutione.

III. Cura in eo, ut neque quid faciat ipse in his rebus, quo hæ pereant, aut deteriores fiant; neque etiam aliunde perire aut deteriores fieri culpa vel negligentia sua patiatur. Indicio erit, quod si quid horum acciderit, placet eum, qui rem accepit, dolum & culpam præstare. Dolum quidem semper sive commodatarius erit, sive creditor in pignore, sive depositarius, cuius nulla utilitas versatur in contractu. Sed & præter dolum latam culpam quæ dolo comparatur. *L. quod Nerva, D. de pos.* At culpam, quæ a dolo absit, quam nostri levem vocant, non uno modo, sed pro distinctione iure civili recepta, ut si quidem solius accipientis in contractu utilitas versetur, ut commodatarii in commodato, [1] omnem culpam & negligentiam is præstet. *L. si ut certo, §. nunc videndum, D. commod.* Idem & si versetur utilitas utriusque, dantis scilicet & accipientis, ut in pignore, quod ita datur, ut & debitor pecuniam accipiat, & creditori de debito cautum sit. *L. si cum venderet*, 13. *§. ult.* & *L. ea quæ, seq. D. de pignor. act.* Quod si agatur solius utilitas dantis, quod fit in deposito, hic depositarius non alterius culpæ nomine teneatur, quam latæ; reliquam non præstet. *L.* 1. *§. ult.* & *LL. seqq. D. deposit.* Extat distinctio pluribus & ex professo tradita in *L. si ut certo, §. nunc videndum, D. commod.*

IV. Sed cura hæc omnis tandiu imminet, quandiu placet rem manere apud eum, qui accepit. Re repetita, sequitur altera pars huius obligationis quam commodatarius, depositarius, creditor in pignore extremam præstare debeat, tempestiva scilicet earumdem rerum restitutio. Et in his quidem tribus contractibus pariter id agi, ut res quæ accepta est, & quidem eadem reddatur, diserte traditur in *§. item is*, & duob. *seqq. Instit quib. mod. re contr. obl.* Sed non ut primum res data ex his contractibus reposcitur, ita statim restituenda est. Tempestivam restitutionem hic exigimus. Tempestiva est aliter volenti restituere, aliter ei, a quo invito res repetatur. Restituere volenti tempestiva est quovis tempore. Nulla enim res cogit commodatarium, depositarium, creditorem, commodatum, depositum, pignus retinere. Adversus invitum autem ea tempestiva restitutio intelligitur, quæ suo tempore exigitur. De quo ex natura & fine horum contractuum tanquam tacita quadam conventione æstimandum est. Nam in commodato, cum detur id ad præscriptum utendi finem aut modum, nempe id repetendi tempus est, cum is usus finitus fuerit. Ante ab invito repetere non licet. *L. in commodato*, 17. *§ sicut, D. commod.* Pignus quoque cum detur creditori, ut sit ei cautum de pecunia credita, vel hinc satis intelligitur id tum repeti posse, cum pecunia soluta erit, aut eo nomine creditori satisfactum: prius repeti non posse, eoque nullam esse necessitatem restituendi, ne si vel minimum quid superlit ex ea summa, in quam pignus obligatum est. *L. si rem*, 9. *§. omnis, D. de pignor. act. L. quandiu, C. de distract. pign.* Depositum cum totum comparatum sit deponentis caussa, res loquitur, ipsum pro suo commodo id repetere posse, cum velit; cum nihil intersit depositarii id retinere, quod ad eum nullo modo pertinet.

V. Sed & cura & restitutio superior, quam ab eo, qui rem commodatam, depositam, pignori datam accipit, exigi diximus, non omnium rerum est, sed ut adiect, rerum ad fidem accipientis pertinentium. Has res quasnam esse intelligamus, videndum. Et hæ genere duæ sunt; Res principaliter data, & interdum Extraneæ quædam accedentes per consequentiam. Res principaliter data semper, quæ maxime propria restitutio est quæ in commodati, depositi, pignoris accepti obligationem & iudicium venit, ut declaratur *§. item is*, & duob. sequentib. *Inst. quib. mod. re contr. obl.*

VI. Externarum, quas accedere diximus, species duæ; Quod rem principaliter datam sequi, ac propterea per occasionem eius rei danti abesse cogitur: & Lucra, quæ ex re data accipienti obvenerunt.

VII. Quod rem datam sequitur, ut si equam meam tibi commendaverim, & pullus secutus sit matrem. Etsi hic pullus commendatus non est, ut quem nec potieris, nec

[1]) Vid. Duar. *de Commod.* C. 8. & ad *tit. Depos.* C. 2. Hinc in Commodato modo dolus & lata culpa præstatur, si solius commodantis gratia factum; modo levis si utriusque; modo levissima si solius commodatarii, ut plerunque Mozz. *de Commod. Cap. de Divis. n.* 2. Eademque distinctio in deposito, si quandoque fiat depositarii vel utriusque gratia, Mozz. *de Depos. Cap. de Divis. n.* 3 *& seqq. & Col.* 6. *n.* 4. Quidam volunt & casum fortuitum præstari in pignore, quando creditor possessionem pignoris per vim consecutus *L.* 36. *de pig. act.* Sed in specie *d. L.* nullum fuit pignus, sed nuda chirographaria obligatio, vid. Duar. *de Pig. act. Cap.* 6. *in fin.*

nec ita habeas, ut commodo tibi ulli aut usui esse possit, tamen quia propter commodatum abest, placet eum non minus ad fidem, ad curam & restitutionem tuam pertinere, quam equam ipsam. *L. 5. §. usque adeo, D. commod.*

VIII. Quæ lucra ex re commodata, deposita, pignori data obtingere possunt accipienti, eorum genera incidere possunt quatuor: quæ ideo placet totidem in restitutionem horum iudiciorum venire. Idque hac ratione, quæ redditur in *L. is cui, 13. §. 1. D. commod.* quod non conveniat ante rem aliquam quæstui cuiquam esse, quam res periculo eius sit. Nempe ita dictante regula iuris, quæ efficit, secundum naturam esse, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum, D. de regul. iur.* Lucri & commodi genera, quæ dixi, hæc sunt.

IX. Primum [2] fructus ex re percepti. Finge creditorem ex re pignorata percepisse, eos iudicio directo una cum re accepta restituere debebit, aut summam debiti eatenus exonerabunt. *L. 1. L. 2. C. de pignor. act.* Idem de commodatario traditum in eo, quod apud eum ex re natum, editumve sit, in *L. eum qui, 14. §. non solum, D. de furt.*

X. Secundum genus est pretium ex re distracta collectum. Ut si proponas creditorem suo iure pignus vendidisse, & pretium accepisse. Quantum erit in eo pretio, quod debitum excedat, tantum creditor restituere debebit, utpote hactenus locupletior factus per occasionem pignoris. Etiam huius superflui usuræ accedent, sive ipse ea pecunia usus est, sive eam pecuniam alii credidit, & usuras est consecutus. *L. 6. §. ult. L. penult. D. de pignor. act.*

XI. Tertium genus est pœna furti, si quam is, qui rem acceperat, ideo consecutus sit a fure, quia res tradita accipienti furto ablata fuerat.

XII. Sed huius partis restitutio solum consistit in persona creditoris; cui pignus surreptum fuit. Neque ad depositarium, neque ad commodatarium pertinet. Ad depositarium minime, quia si ei res deposita amissa sit furto, liberatur; & quia ea re fit, ut nihil eius intersit rem amissam esse, sequitur, ut actionem furti ad pœnam persequendam non habeat is, cuius nihil intersit furtum factum non esse *§. sed is apud quem, Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc. L. eum qui, 14. §. is autem, D. de furt.* Sed nec ad commodatarium hæc restitutio pertinet: dissimili tamen ratione. Nam commodatarius, ut si quis alius maxime re commodata sibi furto ablata, furti actionem habet, ut cuius maxime interest rem furto sublatam non esse cuius exacta custodia ad eum pertinet. *§. quæ de fullone, Institut. de obligation. quæ ex delict. d. L. eum qui, 14. §. si res commodata,* & §§. duobus seqq. *D. de furt.* Sed is hanc pœnam non restituit, si eius lucro cedit. *L. ult. L. sed cum C. de furt.* Solum ergo huius pœnæ restitutio ex tribus contractibus propositis obtinet in pignore. Quo surrepto habet & creditor furti actionem, ut cuius interest pignus non surripi propter custodiam, quæ & ab eo exigitur. *§. furti, Instit. de obligation. quæ ex delict. nascunt. L. creditoris, 15. D. de furt.* Sed pœnam furti consecutum placet eum debitori una cum pignore restituere debere, dum ne debitor ipse pignus surripuerit, & eo nomine conventus furti actione pœnam exsolverit. *d. L. si pignore, 22. D. de pignor. action.* Miremur fortassis in his qui pariter furti actionem habeant, eamque unam hanc ob caussam communem, quod illorum pariter intersit, rem his furto non surripi, aliud tamen atque aliud de huius pœnæ restitutione in commodatario, & creditore ius statui. Ac magis subeat mirari, quod non solius commodatarii lucro placet hanc pœnam cedere, sed etiam idem conductori tributum legimus, *L. 6. D. loc.* quo tamen in contractu non minus utriusque ex contrahentibus utilitas versatur, quam in pignore.

XIII. Sed bene differentiæ ratio redditur ab [3] Accursio & Bartolo in *d. L. si pignore, 22. D. de pignor. act.* quod in commodato rei commodatæ usus commodatarii est, in locatione rei conductæ usus conductoris. Consentaneum igitur, ut sit eorum, quidquid propter hunc usum ab his percipitur. Ut cui caussam dederis, ei & effectum tribuas. Pignoris autem usus non est creditoris. Pignus enim manente proprietate debitoris, solam possessionem transferat ad creditorem, & eam nudam. *L. cum & sortis, 35. §. ult. D. de pignor. actio. L. si cum venditor, 66.* in

2) Vid. Io. Cop. *Lib. 3. de Fruct. Tit. 4. Cap. 3.* Licet autem de his contractu non convenerit aperte, tacite tamen, eo ipso quo solus usus concessus, actum fuit nequid ex cæteris rebus transferatur, Don. *ad Rub. C. de Commod. n. 16. & seqq.*

3) Ita & Cuiac. 8. *Obs.* 39. creditori satis est creditum salvum esse, conductori usum, qui furto intercipitur, vid. & Vital. 2. *Var. Lect.* 16. Ræv. *ad L. 46. de R. I.* nimis restricte accipit *d. L. 6.* de furto facto ab ipso locatore.

in princip. *D. de eviction.* Quapropter nec creditoris esse debet, quod propter hunc usum contingit.

XIV. Quartum genus lucri, quod esse possit ex re commodata, deposita, pignori accepta, est in actionibus, quæ ex hoc genere accipienti nasci possunt. Quales hæ sunt, actio furti, quam pignore sibi surrepto consecutus sit creditor, quamque etiam nunc habeat, nondum ea pœna exacta: actio ex vendito, quam idem pignore distracto, & necdum percepto pretio nactus sit: vindicatio aut actio in factum adversus eum emptorem, cui creditor pignus ita vendidit, ut vel ipsi vel debitori, si pecuniam offerret, pignus restitueretur. Quas omnes creditorem debitori cedere debere traditur in *L. si cum venderet*, 13. *L. eleganter*, 24. *§. si vendiderit*, *D. de pigner. actio.* Talis est & pigneraticia actio in hac specie, si tibi rem meam commodavi, ut eam creditori tuo pignerares, cumque eam oppignerasses, & pecuniam solvisses, eam non repigneres, seu creditor pignus non reddat. Habes enim hoc casu pigneraticiam actionem adversus creditorem tuum, quam actionem mihi cedere debes. *L.* 5. *§. nunc videndum, in quibus. D. commod.* Semper excipimus in hoc genere actionem furti, quam ex re commodata surrepta consecutus est commodatarius, cujus lucro & pœnam ex hac actione cedere paulo ante ostendimus.

XV. Notandum in cessione istarum actionum hoc discrimen, quod quædam ex his ceduntur sine damno & sumptu cedentis, quædam ita ut exerceantur cedentis sumptibus. Quod quibus in actionibus accidat, hac nota discernendum est. Si qui rem accepit, actionem facto suo sibi non accersivit, eam cedet sine sumptu suo. Qualis est furti actio, quam creditor ex pignore surrepto consecutus debitori suo cedere cogitur, *d. L. si pignore*, 22. *D. de pigner. action.* Idem est, si actionem sibi accersivit, sed iure suo privato sine iniuria eius, a quo rem accepit. Veluti si creditor pignus vendidit suo iure, & necdum pretium accepit, necdum etiam tradidit emptori. *d. L. eleganter*, 24. *§. si vendiderit, D. de pigner. actio.* Quod si quis actionem sibi accersivit nullo privato iure, vel ita iure suo, ut cum iniuria dantis id faceret, quam iniuriam facto suo vitare potuerit, ita hæc omnis actio est, ut qui eam cedit, etiam in ea exercenda sumptus factos agnoscere debeat. Utputa; rem a me tibi commodatam, ut eam creditori tuo oppignerares, oppignerasti. Et pecunia a te soluta, creditor tuus non reddit. Cedes mihi actionem pigneraticiam quam adversus eum habes; sed quam exerceam tuis sumptibus, tanquam tibi commodo tuo accersitam nullo tuo privato iure. *L.* 5. *§. nunc videndum, in quib.* & *§. abesse, seq. D. commod.* Idem dicemus, si vendidit creditor pignus, & pretio non accepto rem tradidit emptori. Habet & hic actionem ex vendito, quam debitori cedere debeat, sed suo sumptu exercendam: quia fuit in eius potestate eam actionem non attrahere, si prius pretium acciperet, quam rem traderet. *L. eleganter*, 24. *§. si vendiderit, D. de pig. act.*

XVI. His præstationibus positis, quæ sunt propriæ principalis obligationis eius, qui in superioribus contractibus rem percepit, si quidem omnia sua sponte ab eo præstantur, non plures sunt obligationis huius, & directæ actionis præstationes. Quod si ea non præstantur, prima hic quæstio occurret, an semper, qui rem accepit, teneatur. Proxima si tenetur, quatenus teneatur. De quibus etiam nonnihil attingemus, ne conditio horum contractuum hac parte penitus ignoretur, de qua multa a veteribus sub ipsis titulis horum contractuum tradita legimus. Plura suo loco de universo hoc genere inter liberationes dicturi. Ergo si res quæ præstanda est exstat integra apud eum qui ex superioribus caussis obligatur, nulla res ab eo afferri potest, cur quod potest, & debet, solvere non debeat. Sin rem amisit, aut deterior apud eum facta est, utemur hic lege & distinctione communi in omnibus debitoribus recepta, ut intersit, utrum quod accidit, acciderit casu, an debitoris facto: & in eo facto utrum dolo eius, an culpa. Si casu, hunc nullo iudicio præstari. *L. quæ fortuitis, C. de pigner. actio. L. contractus, D. de regul. iur.* Si dolo, hunc contra omnes præstare, & omnibus iudiciis, etiam si nulla utilitas debitoris in eo contractu versetur, ut in deposito. *L.* 1. *§. ult.* & *LL. seqq. D. deposit.* Et præter dolum, etiam latam culpam, quæ dolo comparetur. *L. quod Nerva, D. eod.* Si culpa, servandum, quod ante diximus, ut hanc præstent omnes, quorum utilitas in re accepta versetur, sive in totum, ut in commodato, sive ex parte, ut in pignore. *L.* 5. *§. nunc videndum, D. commod. L. si eum venderet*, 13. *§. ult.* & *L. ea quæ, seq. D. de pigner, act.* non præstent autem hi quorum utilitas nulla in con-

contractu agatur. Qualis est depositarius. *d. L.* 1 *§. ult.* & *LL. seqq. D. deposit.* Hæc ita, nisi quid aliud convenerit tum de casu, tum de culpa. Hic enim valere omnem conventionem. Unde dictum, contractus ex conventione legem accipere. *L. contractus, D. de reg. iur. L.* 1. *§. si convenit, D. deposit.* Unam hic conventionem excipi, si convenerit, ne dolus futurus præstetur. Hanc enim turpem esse, ut quæ invitet ad delinquendum impunitate delicti proposita. *d. L. contractus, de regul. iur. L. si unus, §. illud, D. de pact.* Hæc, de casu, dolo, & culpa in his iudiciis, quia passim sub his titulis, qui sunt de hoc genere, occurrunt. Sed strictim, ac velut per indicem. Quia utrum debitor his intervenientibus nihilominus teneatur, an liberetur, locus est communis ad solutionem & liberationem obligationis pertinens, ubi & de eo in commune opportunius dicetur.

XVII. Hactenus principalis obligatio commodati, depositi, pignoris, eiusque obligationis præstationes, quarum nomine tenetur directis actionibus, qui ista accepit. Etiam, ut dixi, sua dantis obligatio est, qua accipienti contrario iudicio, contraria actione tenetur. Hæc obligatio una & summa hæc est, ut si quid ei qui accepit, per caussam rei acceptæ & tractatæ abest, id ei ex bona fide præstetur ab eo, qui dedit. Ut hoc modo indemnis præstetur, qui accepit. Licet hanc obligationem summum intelligere ex eo, quod iudicium contrarium, in hoc genere contractuum dicitur esse de indemnitate eius, qui hoc iudicio experitur. Est hoc quidem traditum de iudicio contrario depositi in *L.* 5. in prin. *D. depos.* sed ita, ut ad cæteras omnes actiones contrarias non minus pertineat. Quod declaratur in *L. furti, §. ult. D. de his qui not. inf.* cum ita traditur de iudiciis contrariis generaliter, in his non de perfidia agi, sed de calculo. Calculus est ratio accepti & expensi, ubi tantum præstatur, quantum subducta ratione, & deducto eo, quod acceptum est, expensum reperitur.

XVIII. Id quod accipienti propter rem acceptam abest, duo continet; damna per caussam eius contractus contingentia, & impensas in rem acceptam factas.

XIX. Damnum quod hic præstandum sit commodatario, depositario, creditori in pignore, triplex est. Aut enim illis nascitur a persona dantis; aut a re accepta; aut a culpa & periculo horum ipsorum debitorum. A persona dantis quodcumque damnum est in re data illatum ab eo præstandum est. Contingit id intempestiva rei datæ subductione, vel ex eo, quod qui rem dedit, non præstat in re, quod debuit. Intempestiva & damnosa subductio est, veluti, si commodaverim tibi tigna ad fulciendam insulam, & cum fulsisses, ego ante refectionem detraxerim, quo facto ædes corruerint. Id vero damnum iure a me repetes, tanquam per beneficii tui caussam datum: quia si negasses, vel emisses aliunde, vel aliter mihi tutius cavisses. *L. in commodato*, 17. *§. sicut*, in fin. *D. commod.* Ut non præstet in re data, quod debuit, is, qui dedit, accidit potissimum in pignore, si quid debitor de re affirmavit, quod non erat, veluti si aurum esse dixit, quod dabat pignori, cum æs esset: aut si rem alienam, vel pignori obligatam dedit ignoranti. Quibus nominibus etiam placet eum pigneraticia contraria teneri. Præter stellionatum, quem admisit, qui fefellit sciens. *L.* 1. in fin. *L. si rem*, 9. in pr. *L. tutor*, 16. *§.* 1. *L. cum debitore*, 32. *L. si quis in pignore*, 36. *D. de pig. actio.* Et hæc si creditor ignoravit. Alioqui contra. *d. L. tutor*, *§.* 1. Idem est, si debitor astu recepto pignore tanquam aliquid facturus, illudat creditori. *L.* 3. *L. si pignore*, 22. *§. pen. D. de pignor. act.* A re accepta damnum contingit, cum rei datæ vitium damni caussam dedit. Veluti, si commodaverim tibi vas vitiosum, & infusum quod erat, effluxerit; aut si commodaverim, vel pignori dederim servum furem, & is tibi furtum fecerit. Hæc item damna placet a me tibi præstari debere, si tamen sciens rem talem esse ignoranti dedi. De vase vitioso commodato est in *L. in commodato*, 17 *§. sicut*, in fin. *commod.* De servo 4 fure commodato in *L. pen. D. eod.* De servo fure pignori dato in *L. si servus*, 31. *D. de pigner. act.* A culpa accipientis eiusdemque debitoris damnum est, cum commodatarius rem commodatam, creditor pignus acceptum perdidit. Iam dixi & commodatarium in re commodata & creditorem in pignore culpam præstare debere, cui culpæ attribuitur furtum earum rerum. *§. quæ de fullone, Instit. de obl. quæ ex del. L. cum duobus*, 52. *§. damna, D. pro soc.* Quæ res facit, ut re deperdita ambo in æstimationem rei teneantur. In hoc

4) Ubi qui scivit talem esse servum, tenetur in solidum, detracta noxæ deditione *d. L. pen.* ignorans subiuncta noxæ deditione vel furti noxali, vid. Cuiac. 8. *ad Afric. in d. L.* 31.

hoc damno placet, si res quæ prius deperdita erat: aliquo casu ad dominum redierit, eum aut rem præstare debere iis, a quibus litis æstimationem acceperat, aut eam æstimationem his reddere. *L. in commodato*, 17. §. *ult. D. commod.* sumptum ex regula naturæ, quæ efficit, bonam fidem non pati, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.*

XX. De impensis in rem acceptam factis ita placuit. Eas & commodatarius, & depositarius, & creditor, si 5 necessariæ fuerint, repetunt. *L. si necessarias*, 8. in pr. *D. de pig. act. L. in rebus*, 18. §. *non possunt*, *D. commod.* Exceptæ in commodato servo, aut animali cibariorum impensæ, item modica impendia in valetudinem servi commodati, aut ad eum qui in fuga erat, requirendum facta. Modica accipe, quæ cibariorum impendia non excedant. Quæ omnia ideo placet naturali ratione ad onus commodatarii pertinere, quia & commodo rei utitur. Hoc in *d. L. in rebus*, 18. §. *possunt*, *D. commod.* Utiles impensas non aliter isti repetunt, quam si aut inchoata a domino absolverint, aut voluntate eius inchoarint, & perfecerint, aut dominus facile eos sumptus ferre possit, ut ne propterea cogatur rem vendere. Exstat hæc distinctio in *L. si servos*, 25. *D. de pigner. act.* Quæ utiles non sunt, nullo iudicio repetuntur. *L. si pignore*, 22. §. *ult. D. eod.* Merito autem de his impensis contrario iudicio agitur; quia & hæ propter commodatum, depositum, pignus impendenti absunt. Pertinet enim ad omnium officium, qui ista acceperunt, bonam fidem in re accepta præstare, etiam si sit depositarius tantum. Atque huius bonæ fidei est, rem non negligere, sed quod pro tuo captu possis, id ad rem tuendam facere. *L. quod Nerva*, 32. *D. de pos.*

XXI. Superiora hæc desideranti si præstantur, obligationi contrariæ satisfactum est. Si non præstantur sponte, nihilominus una hæc condemnatio est, ut quanti idest, quod abest, in tantam æstimationem qui commodavit, deposuit, pignus dedit, contrario iudicio damnetur. Meminerimus enim semper, in contraria actione de indemnitate actoris agi. Quod nihil aliud est, quam in ea id agi, ut quod actori abest, id ei præstetur. Itaque quibus pœnis diximus augeri contumaciam non restituentis in directis iudiciis, sciamus eas omnes cessare adversus reum in iudiciis contrariis, ut non alia hic confitentis, alia inficiantis aut recusantis pœna sit. Et hoc est, In iudiciis contrariis non iuratur in litem, ut in directis. *L.* 5. in princ. *D. de pos.* Nec in his ulla ex caussa ne ex depositi q 'dem, de eo, quod abest, dupli condemnatio est: *L.* 1. §. 1. *D. de pos.* Postremo nec ex his damnatum infamia sequitur. *L. furti*, §. *ult. D. de his qui not. inf.* §. *ex quibusdam*, *Inst. de pen. tem. litig.*

5) Quæ fiunt perpetuæ utilitatis caussa, non temporalis, quæ quotidie repetendæ; Regula enim ut qui percipit commodum, ei quoque adiunctum onus ferat. Don. *ad Rub. Cod. de Commod. n.* 22. vid. Duar. *ad Tit. D. Commod. Cap.* 5. *&* 6. Mozz. *de Commod. Col.* 4. *de Naturalib. n.* 8. *& seq.*

C A P. I V.

De dote. Quid sit; Quomodo constituatur: ubi desinat; Quod ius mariti & uxoris in dote: Quæ ex dote data obligatio; & quodnam hic genus contractus.

Nexus, & ratio ordinis. I.
Dos quid sit. Partitio a caussis. II.
Dotem efficit non res promissa, sed tradita. III.
Dotis traditio aut naturalis, aut civilis. Qualis utraque. IV.
Peragitur inter maritum & uxorem. Quæ utriusque munia. V.
Dos datur 1. propter nuptias. Hoc quale sit. VI.
2. Ea conditione seu lege; ut fiat mariti. Et hoc quandiu. VII.
3. Pro oneribus matrimonii. Quid iuris isto nomine tribuatur in dotem marito. VIII.
Æstimatas res in dotem datas pleno iure pervenire in mariti dominium. IX.
Inæstimato traditas præter rei vindicationem, & ius utendi fruendi nullam dominii partem tribuere marito. X. XI.
Contrariis occurritur. XII.
Dotis restituendæ obligatio ex eo contractu, cui præter conventionem res tradita formam tribuit. XIII.
Nisi intervenerit stipulatio. XIV.

I. ETiam dotis restituendæ obligatio re contrahitur, eodem plane modo, quo in mutuo, rebus in dotem datis, quæ pondere, numero, mensurave constant; aut in commodato, deposito, pignore, in dotem datis rebus certis, ut natura rei non patiatur, huius restitutionis obligationem a superioribus contractibus divelli. Id definitione verbi cognita facilius intelligetur.

II. Dos est [1] re quævis uxoris nomine marito data propter nuptias, ut dum nuptiæ stabunt, fiat mariti pro oneribus mat.. monii, quatenus necesse est ab eo ita haberi ad matrimonii onera inde sustinenda. Observentur hic res seu caussæ, quæ dotem constituant. Sic partibus separatim cognitis, facilior & certior erit totius cognitio. Caussæ hæ sunt; Res, in qua dos consistit; Datio huius rei; Personæ, inter quas hæc datio peragitur, & finis dandi. Dos est res quævis. Quippe dotem res omnes recipiunt, nihil ut iuterfit, corporales sint, an incorporales, ut ususfructus & quæ sunt in nominibus: & ex corporalibus, utrum mobiles, seu se moveutes, an immobiles. *L. unica, §. exactio, C. de rei ux. act.*

III. Est res, [2] non de qua convenit, ut doti esset; sed quæ in eam caussam data est marito. Ut iam hinc intelligatur initium obligationis restituendæ dotis, non ex conventione, sed ex re tradita initium sumere. De quo mox plura. Potest quidem dos marito promitti, ut hoc consensu secutis nuptiis dos debeatur. *L. ad exactionem, C. de dot. promiss.* Sed hæc dotis promissio est, non dos. Inter quæ multum interest. Promittitur enim dos futura. Dos nisi præsens nulla est: cum scilicet quod doti destinatum erat, traditum ad maritum pervenit. Unde prædium dotale definitum, cum dominium marito quæsitum

1) Ita & Zas. *ad Rub. Sol. Matrim. n.* 14. definit Rem quæ per uxorem vel eius nomine marito ratione matrimonii tradita est, vel promissa; & *n.* 16. *& seqq.* dotem non esse ius universale contendit contra Bartolum, & alios, quia ius universale proprie sit quod abstrahatur a rebus & sine ullo corpore esse potest *L. 50. de pet. her. L. 7. de pecul.* Quia ius universale non vindicatur, dos autem ita *L. 30. C. de I. dot. hoc tit.* Et quid si solus fundus detur in dotem; num unicum corpus erit ius universale? Ius universale separari potest a singularibus; tolle res dotales, quid superent. Esse quidem dotem aliquo sensu ius incorporale, sed non universale. Augeri dotem posse *L. 31. §. ult. Sol Mat.* verum & feuda augeri, & fundum alluvione, quæ nemo iura universalia esse dicet. Hæc & alia Zasius, cuius opinionem & 8. rationibus firmat Fach. 10. *Cont.* 31. Sed eandem refellit A. Guib. *de Dotib. C.* 2. Cuiac. *in Par. h. t.* & Duar. *ad Rub. Sol. matr. t. de dotib. C. 1. in pr.* generis loco pecuniam ponunt, quod reprobat Vult. *in Pr. I. Quib. al. lic. n.* 8. *& seqq.* ac inter res ipsas dotales & dotem seu ius in rebus, ab usque tanquam adiunctum a subiecto differens, distinguendum monet *& 1. Disc.* 19. Dos quid sit vid. & Gribald. *ad Rub. Sol. matr. Q.* 11. Vacou. 6. *Declar.* 93.

2) Quam tamen & vere dotem esse vult Zas. *ad Rub. Sol. matr. n.* 15. *per tit. Cod. de dot. promiss. & tit. de dote cauta non num.* & probat Fach. 10. *Contr.* 34. & fere Cuiac. 14. *Obs.* 9. Sed reprobat A. Guib. *de Dotib. C. 2. n.* 11. *& seqq.* Utut sit, ubi de dote restituenda agitur, *ut hic*, dotis nomine venire non posse evideos est. Quando autem idem ius in dote promissa quod in tradita, vid. Tiraq. *de Retr. convent. ad fin. tit. n.* 32. *& seqq.* Sane non omnia uxoris bona iure Civili dotalia censentur, ne illata quidem. Gomez. *in L. Tauri* 50 *&* 3. *seqq. n.* 17. vid. Mozz. *de Matrim. Col. 4. n. 2. &* 3. late Menoch. 3. *Præsumpt*, 6. Toming. *Decis.* 30. Nam præter dotem paraphema habebat uxor. *L. 9. §. ult. hoc tit.* & Receptitia, vid. Cuiac. *ad tit.* 6 *Ulp.* Ræv. *de Auct. Prud. Cap.* 4. Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 39. Et raro omnia bona in dotem dara fuisse tametsi licuerit *L. 4 Cod. hoc tit.* apparet ex eo quod contra dationem omnium bonorum in dotem mulier in integrum restituitur *L. 1. Cod. si adv. dot.*

tum est, seu cum prædium ad eum pervenit. *L. dotale*, 13. §. *dotale*. *L. si nuptura*, *seq.* §. *penul.* *D. de fund. dot.* Quod si ante dos esset, esset utique & ante prædium dotale, cum dotale sit omne, quod est dotis. Atque hinc initium & caussa dotis constituendæ, ut si quis quærat, quomodo & quando dos constituatur, recte responsuri simus tunc constitui, cum res doti destinata, in hanc ipsam caussam marito data est. Non distinguimus, quando hic res detur dotis nomine, ut intelligatur, nihil interesse, quando in eam caussam res data sit. Nam & ante nuptias & nuptiis contractis dari posse, ut sit dos; & quemadmodum ab initio dos constante matrimonio dari potest: sic & ante datam constante matrimonio augeri posse. *L. ult.* §. 1. *Cod. de donation. propter nupt.* Sed & illud datum, quomodo hic accipiendum sit, considerandum est.

IV. Sciendum vero est, dotem marito datam videri dupliciter; Naturaliter, & Civiliter. Naturaliter datur marito, cum re ipsa ei traditur quod in dotem habeat: quomodo vere & maxime proprie rem dari constat. Civiliter dari intelligitur, quæ cum revera tradita non sit, tamen iure pro tradita habetur. Quod accidit bifariam. Uno modo si maritus dote ab alio promissa, eam 3 pro accepta habeat, promissorem per acceptilationem, aut nuda conventione liberando. *L. promittendo*, 41. in pr. & §. 1. *L. si ei nuptura*, 25. *D. de iur. dot.* Altero modo, si dote a debitore mulieris promissa, per maritum factum sit, quominus tempestive promissam exigeret, & inter moras promissor solvendo esse desierit. Hanc culpam & periculum quia præstat maritus, fit, ut videatur dotem accepisse, quam non accepit. *L. si extraneus*, 33. *D. de iur. dot.* *L. Mævia*, 49. *D. sol. matr.* Diversum est si dos a muliere, aut ab eo, cui mulier successit, promissa sit, quam maritus non exigendo amiserit. Non enim convenit, quod vir ab uxore exigere non potuit, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari. *L. pen.* §. *ult.* *L. nupta*, 30. §. 1. *D. sol. matrim.*

V. Personæ, inter quas superior datio peragitur, sunt maritus & uxor. Marito dos datur. *L. ult.* 2. resp. *C. de donat. prop. nupt.* Hic enim est, qui matrimonii onera sustinet. Dos autem his ferendis destinata est. Si tamen alii data erit volente marito, ut patri eius, perinde haberi debet, quasi ei data esset. Res datur nomine uxoris. Maxime quidem si ipsa cum sui iuris esset, de suo dederit. *d. L. ult. C. de donat. propt. nupt.* Sed ita, ut nihil referat utrum det ipsa, an alius eius nomine, sive pater, sive extraneus quivis. Usque adeo, ut si quis alius eius nomine simpliciter dederit, de dote sibi restituenda ab initio nihil pactus, dos efficiatur propria mulieris, quasi ipsa suo nomine dedisset. De quo postea in exactione dotis. *L. ex morte*, §. *ult. C. de pact. convent.* *L. unica*, §. *accedit. C. de rei ux. act.*

VI. Sequitur finis dandi. In quo insunt hæc tria, ut detur res 4 propter nuptias: detur ita, ut fiat mariti, dum matrimonium stabit: detur autem pro oneribus matrimonii, quatenus ad ea sustinenda ita haberi necesse est. Primum datur hic res non simpliciter, sed propter nuptias, *d. L. ult.* 2. resp. *C. de donation. propter nupt.* Conditio ita dotis propria, ut sine matrimonio dos esse non possit. *L.* 3. *D. de iur. dot.* *d. L. ult. C. de donation. propter nupt.* Unde & promissio dotis quanvis simpliciter interposita, semper vi sua tacitam conditionem habet, si nuptiæ sequantur: ut nec prius agi possit, quam nuptiis secutis, & his non secutis, quasi deficiente conditione nulla sit actio. *L. stipulationem*, 21. *D. de iur. dot.* Qua ratione & illud placuit, inutilem esse promissionem dotis, cum mulier dotem promittit mortis caussa: quia, inquit Tryphoninus, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est. Hoc ille in *L. si pater*, 76. in fin. *D. de iur. dot.* Significat, dote mortis caussa a muliere promissa, nullam promitti dotem, quæ matrimonii oneribus serviat, seu quæ detur propter nuptias, ex quo recte colligit, nullam promitti. Id autem sic efficitur. Nam quod mortis caussa promittitur, non prius ratum est, quam mors secuta sit promissoris. Morte enim donatoris huius generis donationes primum confirmantur. *L. non videtur*, 32. *D. de mort. cau. don.* *L. antep. C. de donat. int. vir. & ux.* Sic fit, ut mulier mortis caussa dotem promittens intelligatur tunc

3) Confessio vero dotis receptæ quando marito, quando item creditoribus noceat vid. Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 86. *& in L.* 50. *&* 3. *seqq. n.* 52. Covar. 1. *Resol.* 6. *n.* 4. *& seqq.* Tiraq. *. s Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 18. *n.* 82. *& n.* 88. Menoch. 3. *Præsumpt.* 12. *& seq.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 46. Fach. 8. *Contr.* 86. *& seq.* Coler. *de Proc. exsec. P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 103. *& seqq*

4) Dos non est sine nuptiis *L.* 3. *hoc tit.* Vocatur tamen ita dirempto matrimonio, donec legitime restituta. Zas. *ad Rub. Sol. matr. n.* 8. *& seqq.* sed vid. A. Gub. *de Dotib. C.* 2. *n.* 15. *&* 2. *seqq.*

tunc certo promittere, cum mortua erit. Atqui illa mortua, cum ea matrimonium esse non potest. Sequitur igitur, ut & in id tempus promittere intelligatur, cum nulla sit dos sine matrimonio, & ut Tryphoninus loquitur, nulla, nisi quæ oneribus matrimonii serviat. Confirmat hanc interpretationem *L. Iulianus*, 20. *D. de iur. dot.*

VII. Eadem res ita datur propter nuptias, ut fiat mariti. Unde & maritus dominus dotis esse dicitur. *Inst. quib. al. lic. vel non.* Atque hinc etiam illi vindicatio rei dotalis: *L. doce, C. de rei vindic.* Quæ actio nisi domino proprie non competit. *L. in rem, D. de rei vind.* Sed quæ res datur propter nuptias, & pro oneribus matrimonii, perspicuum est de ea id agi, ut fiat mariti, non longius, quam quandiu matrimonium stabit, & perseverabunt onera matrimonii. Ideo matrimonio soluto, & dos esse desinit, & dominium rerum dotalium a marito recedit. *L. in rebus, C. de iur. dot.* Ut vere dicturi simus, quemadmodum dos data a nuptiis incipit: sic nuptiis solutis finem accipere.

VIII. Postremo hic res datur, non simpliciter ut fiat mariti, sed ita, ut sit apud eum pro oneribus matrimonii. *L. pro oneribus, C. de iur. dot.* Hoc quoque ita proprium dotis, ut nulla sit dos, quæ matrimonii oneribus non serviat. *d. L. si pater*, 76. in fin. *D. de iur. dot.* Ergo huc usque progreditur datio dotis, ut nihil in ea amplius fiat mariti, quam quatenus necesse sit rem ab eo haberi ad onera matrimonii inde sustinenda: id quod definitione hactenus complexi sumus. Videndum igitur, quatenus necesse sit ad eam rem dotem fieri mariti: unde intelligamus hactenus eum dominum esse dotis; ultra id dominum non esse.

IX. Et de hoc iure dominii dotis ex conditione rei in dotem datæ æstimandum est. Multum enim interest, utrum res in dotem dentur, quæ pondere, numero, mensurave constant, an aliæ; & in aliis utrum æstimatæ dentur, an non æstimatæ. Quæ pondere, numero mensurave constant, hæ in dotem datæ pleno iure fiunt mariti, non solum, ut vindicare possit tanquam suas, sed & alienare, & de his quidvis statuere pro arbitrio: tantumque in his hæc obligatio contrahatur, non ut eædem res reddantur, sed aliæ eiusdem generis & bonitatis: eodem plane modo, quo in mutuo fieri diximus. *L. res in dotem*, 42. *D. de iur. dot.* De quo amplius dicendum erit in dotis restitutione. Et res cæteræ æstimatæ in dotem datæ eodem iure ad maritum transeunt non tanquam in dotem datæ, sed tanquam marito venditæ, ut eodem loco opportunius infra dicetur. *L. plerumque*, 10. *§. pen. D. de iur. dot. L. unica, §. cumque* in fin. *C. de rei ux. act.* Ut in his duobus generibus rerum in dotem datarum, non sit, cur reformidemus sine exceptione pronuntiare, maritum pleno iure istarum rerum dominum fieri, ut possit, quidquid libet de his statuere; nec unquam de his rebus uxori sit actio adversus maritum, aut ullos alios possessores.

X. Quæ autem species non æstimatæ in dotem dantur, hæ non sic fiunt mariti, ut pleno iure sint eius. Tantum hic ex universo dominii iure duo marito tributa sunt; rei datæ vindicatio, & 5 utendi fruendi ius. Vindicationem indicat *L. doce, C. de rei vind.* Fruendi ius intelligitur ex eo, quod fructus dotis dicuntur mariti esse pro oneribus matrimonii. *L. dotis*, 7. *D. de iur. dot. L. pro oneribus, C. eod.* Quamobrem hæc duo illi tributa, dicam paulo post. Ante ostendamus nihil ex reliquo dominii iure ad maritum pertinere; atque adeo eum vere dotis dominum non esse, de quo inter interpretes tandiu quæsitum & certatum est. Quod ex effectis & attributis veri dominii cognoscemus. Dominorum in re sua hæc sunt quatuor: perpetuitas iuris; alienandi potestas; quodcumque ex re ortum sit, aut ei accesserit, id habere: rem cuius dominus quis sit, sibi habere, non alii. Nihil horum mariti rebus certis in dotem simpliciter datis. Non est igitur maritus vere dominus dotis. Singula consideremus. Primum omne dominium semel alicui quæsitum, perpetuum est: ut nisi facto domini ab eo non recedat. *L. id quod nostrum, D. de regulis iur.* Non sic res dotalis in dominio mariti, quæ simul atque matrimonium solutum est, mariti esse definit ipso iure; & quidem ita, ut nunquam eius fuisse videatur, sed semper in dominio uxoris mansisse. *L. in rebus, C. de iur. dot.* Iam quandiu dominium perseverat, domino, qui rerum suarum administrationem habeat, rei suæ alienandæ ius est: si modo recte dicitur unum-

5) Hinc est quod si conventum ut fructus in dotem convertantur, pactio non valere videatur, quia videlicet nullum ex dote commodum maritus sentiat. Distinguendum tamen, ut in *L. 4. de pact. dotal.* de quo A. Fab. 6. *Coniect. ult.* A. Guib. *de Dotib. Cap. 1. n. 6. & seqq.*

numquemque esse moderatorem & arbitrum rei suæ. *L. in re, C. mand.* Alienatio dotis marito est interdicta. *Institut. quib. al. lic. vel non.* in princip. Solum concessa servorum dotalium manumissio, libertatis favore; & hoc tantum quatenus maritus solvendo est. *L. servum dotalem, D. de manumiss. L.* 3. *C. de iur. dot.* Præterea si quis est dominus rei; etiam dominii iure ad eum pertinent omnia tam quæ rei accedunt, quam quæ ex re nascuntur; sive sint in fructu, sive non sint. At si quid non est in fructu dotis, id ad maritum non pertinet. *L. unica, §. cumque*, in fin. *C. de rei uxor. act.* Qua ratione thesaurum in fundo dotali a marito inventum placuit non fieri eius in solidum, sed pro parte tantum, quasi in alieno inventum. *L. fructus*, 7. *§. si fundum, D. sol. matr.*

XI. Postremo quisquis rei vere dominus est, id quod habet, sibi habet, non alii; suo commodo rem servat, suo incommodo negligit ita, ut si quid ex eo damni sit, nulli eius rei rationem reddere debeat, nec cuiquam eo nomine teneatur. Contra maritus fundum dotalem & species cæteras non æstimatas in dotem datas ita habet, ut tanquam res alienas ad fidem eius pertinentes curare debeat, rationem omnium redditurus soluto matrimonio, & in his præstaturus dolum & culpam, & quantam solet in suis rebus adhibere diligentiam. *L. in rebus*, 17. *D. de iur. dot. L. si cum dotem*, 24. *§. si maritus, D. sol. matrim.* Ne igitur maritum rei dotalis proprie dominum esse dixerimus, cui tam multa dominii propria detrahi videmus. Id certius etiam ita esse statuemus, si animadverterimus constante matrimonio alii dominium tribui. Neque enim duo eiusdem rei in solidum domini esse possunt. *L.* 5. *§. ult. D. commodat.* Quis ergo dominus dotis etiam constante matrimonio? Re vera uxor sola. Iam primum hoc multis locis testatum est. Quo pertinent hæ sententiæ: Dotem, etsi in bonis mariti est propter actionem, quam habet dotis persequendæ caussa; tamen esse mulieris. *L. quanvis*, 75. *D. de iur. dot.* Item, Dotem esse proprium patrimonium filiæfamilias etiam constante matrimonio. *L.* 3. *§. ergo, D. de minor. L. pater*, 71. *D. de eviction.* Et quod sine ulla ambiguitate scriptum est in *L. in reb. C. de iur. dot.* res dotales sicut ab initio uxoris fuerunt, ita & nuptiis secutis naturaliter permansisse in eius dominio. Subtilitate quidem legum transitum earum rerum in patrimonium mariti fieri videri; sed non ideo veritatem rei deletam vel confusam esse. Ubi opponens Imperator veritatem rei subtilitati iuris, satis aperte significat non esse in re atque hoc dominio id quod subtilitas iuris marito tribuere videbatur. Hinc & illa dominii effecta uxorem secuta, Quod re dotali evicta, ei actio ob evictionem datur. *d. L. quanvis*, 75. *D. de iur. dot.* Quod quæ rei accedunt, quæque ex re nascuntur, si non sint in fructu, cedant mulieri, ut suo loco dicetur, *L. unica, §. cumque C. de rei ux act.* Quod ei res dotales curantur, ut eas quandoque maritus salvas & integras illi restituat soluto matrimonio. *d. L. in rebus*, 17. *de iur. dot.* Tantum ei ad iustum & plenum dominium deesse videtur rei dotalis vindicatio. Nam hæc ei denegatur diserte in *d. L. doce, C. de rei vind.* Quam tamen domino competere inter omnes convenit. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionem, D. de obl. & act.* Sed ne hæc quoque pars desideretur in dominio mulieris, non inscite dici potest, etiam eam habere vindicationem rei dotalis: non quidem per se, quod negatur in *d. L. doce.* sed per interpositam personam mariti. Maritus enim rem dotalem vindicat; sed uxori, non sibi. Vindicat enim, ut rem habeat. Habet, ut curet. Curat, ut cum pro officio boni viri usus fuerit, integram quandoque soluto matrimonio mulieri restituat. Ut hæc eius cura in rebus dotalibus & obligatio est. *d. L. in rebus*, 17. *D. de iur. dot.* Ut recte dici possit vindicationis exercitionem esse mariti, emolumentum mulieris; quod & emolumentum Tryphoninus mulieri tribuit in *d. L. quanvis*, 75. in fin. *de iur. dot.* Cur ergo non ipsi mulieri potius recta vindicationem damus? finis summus doti datæ propositus in hanc necessitatem rem adduxit. Finis hic est, ut sit dos apud maritum, unde habeat, quo sustineat onera matrimonii. Id ita consequitur maritus, si fructus ex re percipiat, qui ad eam rem conserantur. Percipere autem non potest, nisi rem habeat ad eum usum sibi paratum, cum velit. Nec vero potest ita habere, nisi sit ius eius rei retinendæ & vindicandæ. Ita fruendi facultate in dote marito constituta, vindicatio secuta est, non quæ vere dominum eum faceret, sed quæ fruendi facultatem magis confirmaret.

XII. Hic obiiciuntur illi loci, quibus dominium rei dotalis marito tribuitur. Mitto, quod Tryphoninus scribit dotem esse in bonis mariti. *L. quanvis*, 75. *D. de iur. dot.* Dici enim potest ideo esse in bonis eius, quia is actionem habeat rei per-

persequendæ caussa, neque ideo tamen eum dominum esse. Quia generaliter dicatur res esse in bonis nostris, quoties possidentes exceptionem; aut amittentes ad recipiendam eam actionem habemus. *L. rem in bonis*, 52. *D. de acq. rer. domin.* Hoc autem multo alii plures habent, quam domini. *L. bonorum*, *D. de verb. sign.* Et vero hoc sensit Tryphoninus, qui cum dixisset dotem esse in bonis mariti, subiicit, tamen eam esse mulieris: aperte significans aliud esse rem in bonis alicuius esse, & rem simpliciter dici eius. Prætereo igitur superiorem locum Tryphonini, qui facile hic eludi potest. Illi loci urgentur, quibus dominium mariti in dote non obscure statuitur. Dicitur rei dotalis dominium marito quæsitum in *L. si prædium*, *C. de iur. dot.* Idem aperte dicitur dominus fundi dotalis. *Inst. quib. al. lic. vel non.* Et quid est, eum rem dotalem vindicare posse, nisi eum esse dominum: cum vindicatio nisi domino non detur? *L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed & quod maritus servos dotales manumittere potest. *L. servum dotalem*, *D. de manumission.* *L.* 3. *C. de iur. dot.* an non certum argumentum est, eum vere dominum esse? certi enim iuris est, eum qui dominus non sit, manumittendi ius non habere. *L.* 4. *C. de his qui a non dom. manum. fuut.* Ad hæc omnia unum sit nobis hoc responsum, maritum dotis dominum esse non simpliciter, sed [6] modo quodam, & ex parte, nempe vindicatione tenus, & fruendi potestate; in servis autem etiam manumittendi & iubendi iure. Cætera dominii eius non esse: ut vere & simpliciter dominus dici non possit nec iure gentium, nec iure civili. Amplius dicimus, ne eam quidem vindicationem, quæ dominii est, proprie eum habere. Habet enim, ut ante dixi, non sibi, sed uxori. Ex quo est, quod dicitur in *d. L. in rebus*, *C. de iur. dot.* subtilitate iuris in maritum dominium transire videri, sed veritatem rei aliter se habere. Cur ergo videtur? quia ius vindicationis exercitionem marito tribuit, quæ potestas domini esse solet. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Cur autem non ideo re vera dominus est, qui hactenus videtur esse? quia unamquamque rem ex effectu & emolumento suo æstimare debemus. At emolumentum huius actionis, ut & totius dotis, est uxoris, ut ante diximus. *d. L. quamvis*, 75. *D. de iur. dot.* Idem de manumittendi & iubendi iure in servis licet dicere. Servos dotales maritus manumittere potest: sed favore libertatis, & præterea his conditionibus, quæ facile declarent rem hic geri uxori, non marito. Nam primum ita manumittere potest, si maritus solvendo sit, *d. L. servum dotalem*. *D. de manumission.* Tum autem servis dotalibus a marito manumissis, quæ iure patronatus ad eum pervenerunt, ea uxori restitui debent, non aliter, quam si ab ea servi manumissi essent. *L. si constante*, 24. *§. si vir. L. dotalem*, 61. *D. sol. matrim.* Sed & si qua hereditas defertur servo dotali, mariti est iubere, ut servus aut omittat hereditatem, aut adeat: sed utrumque ita, ut uxori hoc officium præstet, cui postea soluto matrimonio rationem reddere debet, si quid in eo secus quam expedit, fecerit. *L. servus*, 58. *D. sol. matrim* Sic fit omnino, ut vere dicturi simus, dominium istud dotis,

6) Variæ hic sunt sententiæ. Alii distinguunt inter dominium naturale & civile. Vac. 3. *Declar.* 49. *n.* 15 alii inter bonitarium & Quiritarium. Perenn. 2. *Anim.* 2. illud marito, hoc uxori tribuens Hot. *in pr. I. Quib. al. lic.* qui contra maritum dominum nudo nomine & iure Quiritum, uxorem vero cum re & effectu. A. Fab. *ad L.* 8. *§.* 1. *Qui satisd.* qui olim maritum bonitarium dominum fuisse statuit, uxorem Quiritariam, hodie contra *L.* 30. *Cod. hoc tit.* mulieri verum & naturale, marito civile & fictitium dominium tribuit. At *tit. C. de nudo iur. Quir. toll.* hanc distinctionem explodit. Cuiac. 10. *Obs.* 32. inspecto initio maritum dominum esse, effectu uxorem, quia plerumque soluto matrimonio ad eam redit. Alc. *in L.* 17. *de acq. poss. in fin. n.* 17. vocat dominium mulieris κατ' προλη̃ψιν sicuti sui heredis vivo patre, & fere, P. Greg. 9. *Synt.* 18. Zas. *in Par. de R. U. n* 13. Uxoris dominium quod iure naturali habeat inumbratum esse dum durat nexus iugalis, ut quoad actiones exercendas cæterosque effectus maritus pro domino habeatur. Vult. 1. *Disc.* 19. inter rerum dotalium & iuris in illis rebus constituti dominium distinguit. Sed illius sententiam convellit, *pr. I. Quib. ex ca. al. lic.* ubi ex instituto Imperatoris liquet proponi regulæ illius, quod cuivis domino alienare liceat, exceptio in marito, qui quamvis dominus, non tamen alienare possit. Ideoque tropo metonymiæ nullus ibi locus, Regulæ enim non conveniret exceptio. Quin imo ipsa dos fere mulieris esse dicitur *d. L.* 71. *de evict. d. L.* 75. *hoc tit.* res vero dotales mariti. Pluribus eam distinctionem confutat M. Lyclama *Lib.* 7. *Membran. ecloga* 26. Quid enim si iura in dotem data ut usufructus, & similia, anne tunc erit marito dominium iuris in iure, &c. Io. del Castillo *Contr. Quotid. de Usufr. Cap.* 4. multis hinc inde agitatis, tandem *n.* 36. mulieris esse verum dominium, id autem aliquando tribui marito fictione quadam, iuris, vel propter commodum fructuum, & administrationem. Quicquid vero interpretes quantumque varient, maritum rerum dotalium verum dominium constante matrimonio habere verius semper putavi. Nam & quibuscunque caussis traditio non domini usucapiendi facultatem: iisdem veri domini traditio domini ius transfert *L.* 74. *de Contr. empt. L.* 11. *§.* 2. *de act. empt. §.* 5. *in fin. I. Per quas pers.* At uxor casibus quibus domina non est transfert usucapiendi conditionem *t. t. D. pro dote.* Unde & marito competit Publiciana *L. §.* 1. *de Public.* certe non ratione iuris alicuius in re, sed ipsius rei dotalis. Nec obest quod perpetuitas deficit. Quia id tum alias crebro accidit ut ex caussa dominium etiam ipso iure recedat *tit. D. de in diem add. & de leg. commiss. L.* 8. *Cod. de rev. don. &c.* tum hic fit præter votum coniugum *L.* 1. *hoc tit.* Verum pluribus hæc firmare dubiisve omnibus occurrere quia institutum non sinit, adeat lector Marc. Lyckla. *d. d. Lib.* 7. *ecl.* 26. *&* *Lib. studios. iuris Volst.* 1. *Contr.* 6.

tis, quodcumque est, quod marito in superioribus rebus tribuitur, magis apud maritum depositum videri, quam in eum translatum. Neque de eo aliter loquitur Tryphoninus in *d. L. quamvis*, 75. *D. de iur. dot.* qui dominium apud maritum esse scribit, cuius emolumentum sit mulieris. Non dicit dominium esse penes maritum, quasi quod sit illius vere; sed esse apud maritum, quasi apud eum depositum dicas, quod suo tempore salvum & integrum restituere debeat.

XIII. Intelligitur iam ex hac definitione, quæ hic obligatio constituatur accepta dote, & unde, & quo genere contractus; id quod iam ab initio proposuimus. Obligatio hic constituitur eadem, quam in mutuo, commodato, deposito, pignore constitui ante diximus: nimirum ut dos data quandoque restituatur. *L.* 2. *D. sol. matr.* alias eadem specie, ut in commodato, deposito, pignore: alias eodem genere, quod sit eiusdem quantitatis & bonitatis, ut in mutuo; de quo in restitutione dotis dicetur. Unde igitur hæc obligatio restituendæ dotis? Ex contractu, quia ex conventione. Ubi autem illa conventio? Dixi supra intelligi ex fine rei datæ, similiter ut in superioribus contractibus, quos re fieri dicimus. Quemadmodum enim cum mutuum aut commodatum damus utendi caussa, ex eo intelligitur id agi, ut finito usu res reddatur: sic in dote cum res datur propter nuptias, & ut oneribus matrimonii serviat, atque hoc ipsum significetur verbo dotis, non dubie solo verbo dotis datæ hoc agi intelligitur, ut ne sit dos sine nuptiis: atque ita fiat, ut quemadmodum nulla dos esset non secutis nuptiis, sic nulla etiam sit soluto matrimonio: id autem est, ne amplius dotem maritus aut heredes eius habeant, proinde ut restituant. Sic enim, ut dixi, desinent habere, cum restituerint. Quodnam autem hic contractus genus? An dubium est contractum esse ex genere eorum, quorum obligatio re contrahi dicitur, cum videamus hic rem dari, ut suo tempore reddatur, ut in mutuo, commodato, deposito, pignore dato. Omnino quæ obligatio cumque ad restituendum est non potest aliter, quam re contrahi; ubi scilicet res tradita initium obligationi præbet, non sola conventio. Non enim prius res restitui potest, quam accepta fuerit. Et ita etiam hac parte ius est, ut non teneatur maritus dotis nomine, nisi quatenus acceperit. *L. maritus*, 52. *D. sol. matr.*

XIV. Videri tamen potest Iustinianus de genere huius contractus aliter constituisse, qui ad repetendam dotem pro vetere actione rei uxoriæ actionem ex stipulatu dedit. *L. unica*, in pr. & §. 1. *C. de rei uxor. act.* §. *fuerat*, *Inst. de act.* Si hic actio ex stipulatu, obligatio verbis contrahitur; non re. Nam ex stipulatione est obligatio verborum. *Inst. de verb. obl.* Sed cum ille hanc actionem det, sive stipulatio intervenerit, sive non intervenerit, velit tamen existimari intervenisse: perspicuum est constitui hoc ab illo non ex vero, sed 7 ex fictione. Cæterum res sic habet, ut sive stipulatio interposita sit de dote restituenda, sive non sit, nunquam obligatio dotis restituendæ contrahatur, nisi cum dos data est marito. *d. L. maritus*, *D. sol. matrim.* Ut propterea semper vere dicatur, dotem ex re data & tradita initium superiori obligationi præbere, unde & necesse sit tanquam ex hac caussa actionem dari, nisi stipulatio interveniens aliam actionem suggesserit.

7) Ob favorem dotis intervenisse fingitur, Duar. *ad L.* 1. *Sol. matr.* Nam ut vere fit stipulatio sine verbis nulla Lex efficere potest. Donel. noster *ad L.* 1. *pr. de V. O.* n. 7. & 8. Neque hæc præsumpta est stipulatio, sed legis fictione inducta. Menoch. 3. *Præsumpt.* 5.

C A P. V.

De obligatione restituendæ dotis, Quæ in huius repetitione spectanda, Et quæ prima hic quæstio est, An & quando repeti dos possit seu constante, seu soluto matrimonio,

De obligatione reddendæ dotis cur instituta peculiaris tractatio. Quatuor huius capita; & quæ. I.
Quare duo illa: de tempore petendi; & de iure petendæ dotis *iungenda*. II.
Dos, constante matrimonio peti non potest, nisi maritus vergat ad inopiam. Quæ utriusque ratio. III.
Si maritus volenti dotem uxori lubens solvat: non liberatur, nisi causa iusta reddendi affuerit. Quæ eiusmodi causæ. IV.
Soluto matrimonio reddi debet: etiam si res sit aliena; & quare. V.
Exceptio duplex, & quæ. VI.
Ut maneat apud maritum matrimonio soluto, aut conventio facit, aut culpa mulieris. Quomodo ex utraque causa. VII.
Constante matrimonio restituta peti non potest, si adhuc extat, aut fuit reddita iustis de causis. VIII.
Quod iure veteri doti inæstimatæ restituendæ tempus præstitutum; & quod ex iure Iustinianeo. IX.
Quid si ea de re partes aliter convenerint. X.

I. Postquam accepta dote effectum est maritum re obligari, ut dotem quandoque restituat, non aliter quam in mutuo, commodato, & similibus contractibus huius generis: deinceps ordine de hac obligatione, & quid natura eius ferat, inter hos ipsos contractus videamus. Habet vero natura huius obligationis in omnibus fere sui partibus propria & peculiaria quædam cum in persequendi iure, tum in personis, rebus, actionibus ad hanc restitutionem pertinentibus. De quibus cum in commune cum cæteris obligationibus dici non possit, faciendum nobis est, si quidem hanc partem plane nolle volumus, ut semel atque hoc loco omnia complectamur. Insunt autem in hac persecutione hæc, quæ gradatim quæramur: Primum an semper dos repeti possit. Secundo loco, si potest, quando possit. Tertio, cum erit petendi tempus, quibus dotis exactio competat, & adversus quos. Quarto, quid in hanc obligationem & petitionem veniat. Postremo quæ sint eo nomine actiones, quales & quibus privilegiis donatæ. De quibus dicam eodem ordine, progressum atque ordinem naturæ in his secutus.

II. Ac primum quod quæritur, an dos repeti possit, quia de eo æstimandum est ex tempore, quo dos petitur, utpote secundum quod varietur ius petendi; idcirco de utroque coniunctim dici oportet, de tempore petendi, & per id tempus de petendi iure: ac de utroque sic habendum.

III. Dos, ut est natura eius, constante matrimonio peti non [1] potest. *L. filiæ, C. sol. matrim.* Est enim contra legem & finem doti propositum: ut quæ ita detur, ut perpetuo sit apud maritum pro oneribus matrimonii, *L. 1. L. si pater, 76. D. de iur. dot.* Adversus quam legem aperte facit, qui constante matrimonio & perseverantibus eius oneribus dotem repetit. Hoc tamen ita temperandum esse visum est, nisi qua necessitas & utilitas dotis repetitionem hanc etiam constante matrimonio inducat Necessitas hæc est, si maritus [2] vergat ad inopiam. *L. ubi, C. de iur. dot.* Quo casu placet exinde de dotis actionem mulieri competere, ex quo evidenter apparuerit doti non sufficere mariti facultates. Id sic explicatur in *L. si constante, 24. in pr. D. sol. matrim.* Quod æquissime constitutum est.

Quan-

1) Vid. Sc. Gentil. *Lib. 4. de Don. int. vir. C. 20. & 3. seqq.* Si tamen ob nimiam sævitiam fiat separatio tori, licet matrimonium vere non dirimatur. Beust. *de Matrim. C.* 10. Covar. *de Matrim. P.* 2. C. 7. §. 6. *n.* 1. dos statim reddenda. Hipp. de Marsil. *in L. ult. C. ad L. Cor. de sic. n* 22.

2.) Vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *seq. n.* 33. *&* 2 *seqq.* Sarmient. 2 *Select. Interpr.* 12. Gail. 2 *Obs.* 83. *& seqq.* Andr. Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 33. Io. Bapt. Costa *de Facti scient. Dist.* 70. *Cent.* 2. Herman. Meirer. *Lib.* 2. *de Præferend. Cred Tit.* 5. *n.* 25 *& seqq.* Sc. Gentil. 4. *de Don int vir.* 23. ubi & quærit an cautione præstita restitutio evitari possit, vid & Toming. *Decis.* 58. Vergere ad inopiam, & labi facultatibus, per famam & rumorem vulgi probari, post alios Freher. *Lib.* 2. *de Fama Cap.* 13. *n.* 5. Ac si uxor furiosa sit ut illi restitutio fieri nequeat dos sequestranda. Andr Clud. *de iure Sequest Cap.* 5. *Casu* 4. Quid si vir postea ditior redditus an dotem recipit? Negat ex plerorumque sententia Tiraq. *Tr. Cess. causa Limit.* 14. Gomez. *d. lo. n.* 35.

Quanvis enim dos constante matrimonio sit in bonis mariti; tamen revera mulieris est. Emolumentum certe mulieris. *L. quanvis*, 76. *D. de iur. dot.* Ut minimum dos in ea caussa est, ut quandoque soluto matrimonio reddi debeat, eamque a muliere recipi etiam publice intersit: *L.* 1. *D. sol. matrim.* Utraque res facit, ut sic dos debeat manere apud maritum, ut tamen & de ea prospectum sit mulieri adversus inopiam mariti. Quod ita fiet, si dos repetatur etiam constante matrimonio, cum adhuc in facultatibus mariti aliquid superest: ne si illa exspectet, dum solutum sit matrimonium, sero agat, ac dos illi interim perierit.

IV. Usque adeo autem extra hunc casum cessat dotis repetitio constante matrimonio, ut per id tempus nec volens maritus volenti uxori dotem recte solvat, quin matrimonio quandoque soluto dotem restituere debeat mulieri aut heredibus eius, si forte mulier acceptam dotem consumpserit. Nisi tamen iustis ex caussis maritus reddiderit. Iustæ caussæ reddendi hæ: si mulier accipiat, ut impendat aut in res sibi necessarias, puta ut æs alienum solvat; aut in res certam & mansuram utilitatem allaturas, veluti ut prædia idonea emat: aut in rem alienam, sed pro officio, quod pietatis ratio ab ea exigat; puta ut liberis ex alio viro, aut fratribus, aut parentibus consulat; dum egentes alit, aut redimit ex hostibus vel latronibus, aut vinculis liberat [3]: hæc in *L. quanvis*, 20. *L. sed etsi seq. D. sol. matrim.* Hinc intelligitur, constante matrimonio esse, cum dos repeti non possit, quod regulariter definitur: esse etiam interdum, cum possit.

V. Nec minus in tempus soluti matrimonii eadem distinctio quandoque incidit. In quo si quæritur, quid hic regulariter servetur, contraria superiori hic definitio est, qua placet soluto matrimonio dotem restitui debere. *L.* 2. in pr. *D. sol. matr.* Et recte. Nam quæ res ita datur, ut matrimonii oneribus serviat. *d. L. si pater*, 76. *de iur. dot.* apparet ea lege accipi, ut cum matrimonium, eiusque onera soluta erunt, reddatur, ut diximus in obligatione huius restitutionis contrahenda. Proinde etsi res aliena a muliere quanvis sciente in dotem data erit, tamen restitui ei debere placet, quasi suam dedisset. Nempe ex conventione, quia quod dotis nomine datum erat, hac lege acceptum intelligitur. *L. si alienam*, 11. *D. sol. mat.* Sic & eos qui scientes commodaverunt rem alienam, quanvis fures sint aut prædones, tamen commodati babere actionem placuit. *L. commodare*, 15. *L. ita seq. D. commod.*

VI. Et tamen hoc quoque ita accipiendum est, nisi qua iusta caussa repetitionem dotis etiam per id tempus adimat: quæ caussæ interdum incidunt. Hæ genere duæ sunt. Una, si dos apud maritum manere debeat. Altera, si iam ante constante matrimonio dos reddita sit, & sit in ea caussa, ut iterum peti non possit.

VII. Ut dos soluto matrimonio manere debeat apud maritum duæ res faciunt; [4] Conventio, & culpa mulieris. Conventio, si in dote danda convenerit, ut mortua in matrimonio muliere apud maritum remaneret. *L. si pater*, 12. *D. de pact. dot.* Sed si convenerit, inquam, ut id fieret mortua in matrimonio muliere. Nam ut matrimonio soluto, muliere superstite, dos apud maritum heredemve eius maneat, pacto effici non potest, ne si convenerit quidem, ut dos hoc casu maneret apud maritum intervenientibus liberis, & liberi interveniant. *L.* 2. *D. de pact. dot.* Est enim hoc pactum contra dotem, inquit Ulpianus, *d. L.* 2. Adimit namque dotem mulieri superstiti. Quod autem contra dotem, idem est & contra utilitatem publicam, quæ in dote mulieri conservanda versari existimatur. *L.* 1. *D. sol. matr.* At quæ eiusmodi pacta sunt, constat non esse servanda. *L. iuris gentium*, §. *si paciscar*, *D. de pact.* Quod de priore illo pacto dici non potest: cum sciamus mortuæ mulieri dote opus non esse. Culpa mulieris idem efficit, cum culpa eius matrimonium solutum est. Ut si repudiata sit, pro-

3) *L. mutus* 73. §. 1. *de I. Dot.* late Sc. Gentil. quem ad hoc adi 4. *de Don. int. vir.* 22.

4) Vel ex lege municipali eodem casu dotem illiusve partem marito tribuente. De interpretatione huiusmodi statutorum vid. Io. Vinc. Hondedæ. *Vol.* 2. *Cons.* 3. & 4. Sed nunquid ut illi lucro dotis locus, requiritur ut traductio & complexus maritalis sequutus? Aff. P. Greg. 45. *Synt.* 14. *n.* 7. & *seqq.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. Don. v. donatione largitus n.* 222. & *seq. iunct. n.* 230. A. Guib. *de Sponsal. Cap.* 3. *Quid sint sponsalia n* 1. Cypræ. *de Sponsal. Cap.* 3. §. 35. Vasq. 1. *Contr. cinfreq.* 3. *n.* 21. cuius hæ rationes, paucis excerptæ: (1) Tale lucrum propositum viris ad officium prolis gignendæ alliciendis. Quo fine deficimor nisi, &c. (2) Cum in defectum liberorum proponatur, casus supponendus, quo liberi possunt suscipi. (3) Hoc statutum quodammodo votum captandæ mortis continet, ideoque restringendum. (4) Populari loquendi usu in statutis attendendo, antea sponsi dicuntur non coniuges. (5) Indignus commodo, qui onera matrimonii nulla sustiouit. In lucranda vero dote, statuta non loci contractus, sed domicilii mariti, respicienda, Vasq. *d. lo. n.* 20. Num hoc casu legatum viro ab uxore computetur in dotem, vid. Forst. 9. *de Success.* 7. Quid si ex pacto vel statuto dos debeat marito cedere, & ea in diem promissa, uxor vero ante diem mortua? Vid. Rauchbar. *P. Q.* 3. Menoch. 6. *Præsumpt.* 1. *n.* 21.

propter [5] adulterium, cui lenocinium mariti caussam non præbuerit. Hæc culpa dote mulctatur. Et dos mariti lucro cedit, *L. Lucius*, 38. *L. viro, seq. L. tum mulier*, 41. *D. sol. matrim. L. consensu, C. de repud.*

VIII. Dos constante matrimonio restituta iterum peti non potest, si aut soluto matrimonio adhuc exstat, aut quæ nunc consumpta est, ante restituta sit iustis de caussis. Quæ adhuc exstat, ideo repeti non potest, quia bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides, D. de reg. iur.* Sed & iustis de caussis ante solutum diximus soluto matrimonio amplius peti non posse, & quæ hic iustæ caussæ essent, exposuimus. Indicantur caussæ in *L. quamvis*, 20. & *L. seq. D. sol. matrim.*

IX. Sed etsi soluto matrimonio dos reddi debebit (debebit autem semper extra supra scriptas caussas) non tamen semper debet statim restitui. Olim hoc erat restitutioni præstitutum tempus, ut si res in dotem datæ essent, quæ pondere, numero, mensurave constarent, redderentur annua, bima, trima die, idest divisis in tres annos æquis portionibus quarum una exacto primo anno, altera secundo, tertia tertio solveretur. Cæterarum rerum tam mobilium, quam immobilium præsens erat repetitio. Iustinianus constituit, ut immobiles statim restitui deberent, ut ius antiquum erat; mobiles autem non nisi post annum, sublata rerum mobilium & superioris temporis distinctione [6] *L. unica, §. cum antem, §. exactio C. de rei uxor. act.*

X. Quod tempus ita servabitur in dote exigenda, nisi quid aliud convenerit. Licet enim de eo pacisci; sed hac lege, quæ in dotis restitutione perpetua est, dum ne mulieris conditio deterior fiat. Ideo ut citeriore die dos reddatur, quam lege tributum est marito, pacisci licet. Ut autem solvatur longiore die, convenire non potest, non magis, quam ne omnino reddatur. Hæc in *L. de die*, 14. & 2. *seqq. D. de pact. dot.*

5) De quo Cuiac. *in Nov.* 22. *&* *ad Cap. plerumque* 4. *de Don. int.* Covar. *P.* 2. *de Matrim. Cap.* 7. §. 6. Beust. *de Matrim. Cap* 21. *& in L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 958. *& seqq.* A. Guib. *de Dotib. Cap.* 6 *n.* 24. *& seqq.* Forst. 4. *de succ.* 17. Sc. Gentil. *Lib. de Sec. Nupt. Cap.* 6. Fach. 11. *Contr* 76. P. Theodoric. *Disput Crimin.* 6. *s. b.* 3. *lit. M.* An eadem perdat vidua ob stuprum commissum? Aff. maxime si intra annum luctus, Annæ. Rob. 1. *Rer. iud.* 13. Forst. communem perhibens 7. *de Success.* 16. Guib. *d. C.* 6. *n.* 30. *& seqq.* diss. Gomez. *in L. Tauri* 80. *&* 2. *seqq. n.* 70. Vasq 1. *Contr. usufreq.* 8. *n* 13. Io. Gottier. *Lib.* 2. *Cano. QQ. C.* 12. Quid in osculo luxurioso? Vid. Menoch. *C.* 287. *&* 5. *Præsump.* 41. *n.* 26. *& seqq.* Guib. *d. C.* 7. *n* 35. *& seqq.* Fach. 11 *Contr.* 75.

6) Ratio differentiæ quia res fungibiles & mobiles forte maritus præsentes non habet, aliis commodatas vel creditas. Laxamentum igitur illi datur aliquod ad pecunias colligendas, & res recipiendas, A. Guib. *de Dotib. C.* 6. *n.* 18.

C A P. VI.

Quibus, & adversus quos dotis actio competat.

Continuatio. De personis quibus restituendæ dotis exactio competit. Cur & de his peculiaris habenda tractatio. I.

Si mulier dotem dedit: ipsa quoque repetit. II.

- *Si extraneus, seu qui non habet in potestate mulierem: interest, utrum dotem simpliciter dederit: an ea lege ut sibi matrimonio soluto restituatur.* III.
- *Priori modo competit exactio mulieri, non extraneo. Contraria diluuntur.* IV.
- *Excipitur pater licet extraneus; & quomodo; & quod hic ius singulare.* V.

Cum illo iure quæ concurrere oporteat, ut vacet iniuria; & quæ horum singula. VI. VII. VIII. IX.

- *Posteriori modo extraneus repetit, si aut stipulationem interposuit, aut pactum reddendæ dotis.* X.
- *Et utrumque illud incontinenti, non ex intervallo.* XI.
- *Prius tamen etiam ex intervallo, consentiente muliere, eaque decedente sine liberis.* XII.

An si extraneus de restituenda dote convenerit in unum casum dumtaxat: possit in alterum etiam repetere. Cur de substitutione secus facta in unum casum. XIII.

Pater quocunque modo filiæfamilias dotem dederit, habet communem cum illa dotis petitionem. XIV.

- *Communio in eo ut pater instituat actionem, & filia consentiat. Cur in re filiæ actio detur patri: & quando ipsa agere possit.* XV. XVI.
- *Filia consentit agente patre, ubi illa non contradicat: interdum etsi contradicat.* XVII.

Quot

Quot modis filia minime contradicat; & ita pro consentiente habeatur. XVIII.
Si contradicat aperte: interest iure ne, an iniuria. Et quid in utroque casu. XIX.
Filiæ consensus litis contestatæ tempore necessarius. XX.
In dote patri & filiæ communi sive solvenda, seu exigenda utriusque desideratur voluntas. Quid huic iuri consequens. XXI.
Interdum patri citra filiæ voluntatem dos recte solvitur duabus de caussis; & quæ illæ. XXII.
In posteriore caussa de filiæ aut uxori relicto patris & mariti voluntas distinguitur, & quomodo. XXIII.
Filiæ vicissim recte solvitur invito patre duobus in casibus; & qui illi. XXIV.
Filia sui iuris facta quamcunque dotis actionem sibi vindicat, etiam decedenti patri ex re iudicata quæsitam. XXV.
Sed & reliquum dotis patri ex suo ipsius mandato solutæ suo iure petit. XXVI.
Pater qui cavit matrimonio soluto dotem sibi reddi ex parte minus habet, ex parte etiam plus aliquid extraneo. XXVII.
Minus in eo, quod dotem sibi reddi stipulatur dumtaxat: non paciscitur, ut extraneus. XXVIII.
Plus in eo, quod pater ex intervallo & ante nuptias stipulatur, & habet actionem eo nomine: quod contra extraneus. Ratio differentiæ. XXIX.
Maritus solus qui dotem accepit, dotis nomine tenetur; extraneus conditione sine caussa. XXX.
Mariti pater quibus modis ex dotis caussa conveniatur. XXXI.

I. SEquuntur tertio loco personæ eorum, inter quos de repetitione dotis agitur. In quibus ut prima caussa est eius, cui dos reddi debeat; ita prima est quæstio, cui debeat, seu cui dotis exactionem demus. Et sunt in eo multa plura singularis & proprii iuris, quæ ideo hic quoque desiderent peculiarem tractationem. Non enim uni & eidem dotis repetitio competit; & quibus datur, non una & eadem de caussa, nec uno & eodem modo competit; ut in singulis proprium quiddam agnoscas. Alias mulieri datur, alias alii, idque dissimiliter. Id autem ita est, ut est is qui dotem dedit; & in alio dotem dante, ut est persona eius, & in dote danda, conventio. Interest, ipsa mulier dotem dederit, an alius pro ea. Et hic alius, utrum extraneus, an pater, qui filiam habet in potestate. Et in utroque, utrum is det simpliciter, an interposita de dote sibi danda conventione, & quo genere conventionis in eo utatur. Quapropter quid in horum singulis placeat, ordine videamus.

II. Et si quidem mulier dotem dedit, nihil dubii esse debet, quin ei dos reddenda sit soluto matrimonio. Dedit enim suo nomine, ut ex consensu alii actio acquiri non potuerit. *L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* Quidni vero ei cum suo nomine dedit, sit dotis actio, cum si extraneus dotem dederit eius nomine, hoc ipso illi & dos, & dotis actio acquiratur? Ut mox dicetur. *L. unica, §. accedit, C. de rei uxor. act.*

III. Alius pro muliere si dotem dedit, siquidem extraneus est, cum hic quoque mulieri acquiratur in solidum actio, quæstio est, an acquiratur ipsi ei, qui dedit. De quo iam subiiciam, si prius monuero, extranei verbo in hac specie iuris auctores intelligi velle eum, qui mulierem, pro qua dotem dat, in potestate non habet, sive is pater est, qui pro filia emancipata dat dotem, aut mater, vel avus maternus, sive alius quilibet extraneus, cognatus puta, vel amicus, *d. L. unica, §. accedit, C. de rei ux. act.* Interest ergo extraneus hic quomodo det dotem, utrum simpliciter, an vero hac lege, ut sibi dos quandoque soluto matrimonio restituatur.

IV. Si simpliciter, nulla scilicet de dote sibi reddenda conventione, statim dos efficitur mulieris non aliter quam si dedisset ipsa. Unde & ei soluto matrimonio dotis repetitio competit, nulla ei, qui dedit. Hoc idem in *d. §. accedit, C. de rei uxor. act. L. ex morte*, in fin. *C. de pact. convent.* At quomodo hic dos fit mulieris; cum dicamus res inter vivos non transferri, nisi traditionibus. *L. traditionibus, C. de pact.* hic autem nihil proponatur traditum mulieri, sed marito? Sed & hic dos mulieri acquiritur traditione. Idque fit hoc modo. Nam extraneus cum dat dotem nomine mulieris, intelligitur constituere se nomine mulieris possidere, quo res ad eam facilius perveniat. Quo facto etiam possessio mulieri acquiritur, cum aut præsens annuet, aut monita, quod gestum est, ratum habebit. *L. quod meo, D. de acq. poss.* Sic enim est possessio, ut una præter res cæteras per quemlibet volentibus nobis possidere, recte acquiratur. *L. ea quæ, D. de*

D. de acq. rer. do. L. 1. C. per quas perſ. Sic deinde per hanc poſſeſſionem acquiratur dominium ei, cui per poſſeſſionem id quæſitum voluimus. *L. traditio, §. ult. D. de acq. rer. dom. §. ex his. Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Sed eſto mulieri hoc modo dos acquiratur per traditionem. At quomodo ſoluto matrimonio actio dotis ei acquiri poteſt: cum regula iuris vetet, per extraneam perſonam nobis actionem acquiri? *d. §. ex his, Inſt. per quas perſ.* & *L. 1. C. eod.* Nihil hæc regula ad hunc locum pertinet. Hic enim mulier actionem iſtam per ſe ſibi acquirit. Non ei per alium acquiritur. Dos enim eius nomine data sic accipitur, quasi ipſa dediſſet: atque adeo ipſa dediſſe videtur hoc ipſo, quod dum apud maritum eſt nomine mulieris, mulier patitur eam fieri mariti. Idque fit regulis iuris maxime conſentientibus. In quibus hæc una eſt: in rebus per traditionem transferendis, nihil intereſſe, utrum tradam tibi rem aliquam meam, ut tuam faciam, an cum apud te eſſet, pro tradita habeam transferendi cauſſa. *L. qua ratione, §. interdum. D. de acq. rer. dom.*

V. Hic unus exceptus eſt pater in dote ab ipſo [1] profecta. Placet enim, quanvis de dote sibi reſtituenda nihil caverit, tamen ſoluto matrimonio dotem ab eo profectam ad eum reverti, si mortua fuerit in matrimonio filia. Et hactenus ei *iure ſuccurſum* eſſe dicitur *L. iure, 6. D. de iur. dot.* Recte *ſuccurſum*, ut intelligamus ius hic conſtitutum ſingulare. Nam cum pater extraneus pro filia ſimpliciter dotem dedit, dos ſtatim quæſita eſt filiæ, ut ante diximus. *d. L. unica, §. accedit, C. de rei uxor. act.* Ita conveniebat iuri communi, ut actione filiæ ita quæſita etiam actio transferretur ad filiæ heredes, non reverteretur ad patrem, niſi quatenus heres eſſet filiæ. Eſt enim heredum ſuccedere in univerſum ius defuncti. *L. heres in omne, D. de acquir. her. L. hereditas, D. de reg. iur.* Et omnino ita ius commune eſt, ſed ius hic, ut dixi, ſingulare. Ex quo illud verbum, *iure ſuccurſum*. Quo utimur in his, quæ humanitatis cauſſa iure extraordinario alicui tribuuntur. *L. in cauſſæ 1. & 2. D. de minor.* Conſtitutum autem ſolatii loco, ne, inquit Pomponius, & *filiæ amiſſæ* pater, & *pecuniæ damnum ſentiret*. d. L. *6. de iur. dot.* Quid tamen, si filia deceſſerit in matrimonio, liberis relictis? Nihil hic diſtinguitur, ſed ſine exceptione placet dotem a patre profectam, ſi in matrimonio deceſſerit filia, ad patrem redire debere. *d. L. dos, C. ſol. matrim. d. L. iure, 6. D. de iur. dot.* Sed & ratio Pomponii ſuperior ad omnem patrem pertinet qui filiam in matrimonio amiſerit. Sive filia deceſſerit ſuſceptis liberis, ſive ſine liberis. Nec quiſquam hic obiiciat, dotem eſſe proprium patrimonium filiæ, ideo conſequens eſſe etiam ad liberos heredes eius pertinere. Iam enim dixi ius hic conſtitutum ſingulare. Quod ni ita eſſet, etiam in aliis quibuslibet filiæ heredibus iſta ratione dicendum eſſet, dotem ad eos transire.

VI. Sed ut in hoc iure res absit ab omni iniuria, dum eam dotem quæ filiæ quæſita erat, ad eum, qui dedit, reverti volumus, obſervemus quatuor hic exigi, quæ rem ab ea iniuria vindicent. Primum hoc beneficium patri datum, non alii extraneo. Id quod paterna pietas, atque honos illi debitus, tum dolor conceptus ex morte filiæ hoc præcipue in perſona patris poſtulare videbatur. Secundum exigimus, ut dos a patre vere profecta ſit, ſitque ea, quæ in hac ſpecie dicitur profecticia, id eſt quæ profecta ſit de bonis, aut facto patris, ut definitur in *L. profecticia, 5. D. de iur. dot.* Quod eo pertinet, ut intelligatur, ſi pater filiæ nomine dotem dederit, tanquam [2] a ſe debitam, hanc ad patrem non reverti. Hanc enim eſſe adventiciam, id eſt eam, quæ quodammodo aliunde profecta sit, quam a patre, ut qui non dederit pro affectu & pietate patris. *L. 5. §. ſi pater, D. de iur. dot.* Dum autem dos profecta ſit a patre, hoc ille iure utitur, ut dos ſupra ſcriptis conditionibus ad eum revertatur; neque intereſt, utrum filia in poteſtate eius fuerit, an non fuerit. *L. ſi ab hoſtibus, 10. D. ſol. matrim.* Et hoc eſt, quod Ulpianus ſuperius ius interpretans, profecticiam dotem eſſe definit, quæ a patre vel parente profecta eſt de bonis vel facto eius. *d. L. 5.* in pr. *de iur. dot.* Et addit in *d. §. ſi pater*. profecticiam eſſe, etiam quam pater pro filia emau-

1) Dos profectitia hoc intereſt a peculio profectitio, quod illam dat pater etiam liberis, quos in poteſtate non habet, modo ſit virilis ſexus, & per virilem ſexum cognatione iunctus. Nam quæ a matre vel avo materno datur, adventitia eſt, Cuiac. 8. *ad Afric. ad L. 11. de fund. dot.* A patre autem data, quando ex bonis eius conſtituta præſumatur Menoch. 3. *Præſumpt.* 15.

2) Mortua in matrimonio uxore, dotem adventitiam ſemper retinere maritum, etſi nihil pactus ſit, probat Cuiac. 9. *Obſ.* 4. ex Ulp. *Tit.* 6. §. 5. *L.* 23. *de evict. L. mulier* 20. *de cond ind. L.* 5. *de bon. dam. L. 1. C. ſi adv. dot.* & maxime *L.* 15. *de fun. dot.* Et per *L.* 79. *de I. dot.* & Ant. Fab. 1. *Con.* 16. qui de repetitione dotis adventitiæ pluribus agit 13. *Con.* 4. & *ſeqq.*

mancipata dederit: quia non ius potestatis, sed parentis nomen, dotem profecticiam faciat.

VII. Sed etsi dos a parente profecta sit ita, ut modo diximus; non tamen statim placet eam soluto matrimonio reverti ad patrem; sed hæc tertia conditio est, quam exigimus, ut filia nupta, seu in matrimonio 3 decesserit. Nempe superstite adhuc marito. *d. L. dos*, *C. sol. matr. L. si ab hostibus*, 10. *D. eod.* Quo intelligimus, si soluto morte viri matrimonio filia sit superstes, dotis actionem manere filiæ, ut & illi ab initio quæsita erat: & si postea decesserit, dotis actionem transire ad filiæ heredes, non ad patrem reverti: nisi quatenus & ipse filiæ heres extiterit. Et recte hæc ita distincta sunt. Non enim potest superstite filia dos redire ad patrem, quin adimatur filiæ: quod est contra utilitatem publicam, quæ iubet potius dotes mulieribus conservari. *L.* 1. *D. sol. matrim.* Semel vero dotis actio eius facta non potest, quin ad heredes eius transeat. Quod si mortua in matrimonio filia dos redit ad patrem, nihil hic filiæ adimitur. Nam ante constante matrimonio dos mariti fuit, non uxoris. Sed nec per id tempus ei dos fuit adempta. Postquam autem matrimonium solutum est, quia eo tempore mortua in rerum natura esse desiit, nec dos eius fieri, aut eius esse dici potest. Si quid ergo hic adimitur, adimitur filiæ heredibus. Non est autem iniquum id statui adversus heredes, dum id agitur, ut dos a patre profecta potius ad eum revertatur; idque est, in quo patri succursum esse dicimus.

VIII. Sane accidit interdum, ut quæ soluto matrimonio mortua est, perinde habeatur, quasi in matrimonio esset mortua. Quod cum fit, eodem iure habetur. Id autem duobus casibus admissum est. Uno, si filia ab hostibus capta, quæ nupta erat, & dotem a patre profectam habeat, ibi decesserit. Etsi enim iure Romano matrimonium solvitur captivitate, quæ hic contigit, *L.* 1. *D. de divor.* ut proinde quandocumque ea decedat postea, necesse sit eam soluto matrimonio decessisse: tamen placet hoc casu dotem a patre profectam ad eum reverti debere: quasi scilicet & hic filia nupta decessisset. *d. L. si ab hostibus*, 10. *D. sol. matr.* Et recte. Sane enim secundum naturam decessit filia in hac specie soluto matrimonio: iuris autem interpretatione videtur nupta & in matrimonio decessisse, propter legem Corneliam testamentariam, quæ de statu captivorum ita constituit, ut qui capti apud hostes decesserunt, perinde habeantur, quasi eo momento, quo capti sunt, in civitate decessissent. *L. pater*, *L. bona*, *D. de capt.* Alter casus est, cum filia ægræ vir in hoc repudium misit, ut si moreretur postea mulier, verum esset eam soluto matrimonio mori, atque ita fieret, ne dos ad patrem rediret ex supra scripto iure. Hic quoque placuit hanc 4 fraudem patri filiæ non nocere, quin huic utile iudicium detur dotis recuperandæ caussa. *L. filiæ*, 59. *D. sol. mat.* Iudicium; quia cum non serio, certe non tam solvendi matrimonii caussa maritus repudium miserit, quam patris fraudandi; perinde habeatur, quasi matrimonium non esset solutum; ne mariti dolus aliis prosit, patri noceat contra, quam in dolo admitti debere placet. *L.* 1. *D. de dol.* Sed iudicium erit utile, quia iure Romano vere matrimonium solutum est. Quo casu mortua deinde filia secundum verba supra scripti iuris non succurritur patri.

IX. Postremo etsi dos a patre ut patre profecta erit, & filia mortua in matrimonio; tamen ad actionem dotis in persona patris confirmandam hoc amplius exigimus, ut pater ipse vivat soluto matrimonio superstes filiæ. Qui si ante filiam decesserit, quanvis moriatur deinde filia constante eodem matrimonio, tamen dos non transibit ad heredes patris. Patri enim hic consultum est, non patris heredibus, *d. L. iure*, *de iur. dot.* Ad quos igitur tum dos pertinebit, cum neuter supersit, neque pater, neque filia. Et scriptum est

in

3) Contentio hæc antiqua inter Bulgarum, cuius opinioni noster Donellus favet, & Martinum, qui propter liberos dotem apud maritum manere voluit, cuius sententiam consuetudine generali totius orbis servari testantur citati a Treutl. *P.* 2. *Disp.* 7. *Th.* 11. *lit.* C. Cuiac. 6. *ad Afric. ad L. ult. rem rat. hab.* Bulgari opinionem admittit iure novo, Martini veteri. Idem 8. *ad Afric. in L.* 61. §. 8. *de furt.* Martini opinionem inde sustineri quod hoc pactum vulgare *L. Babius* 30. *de pact. dot.* Quæ autem vulgo inter contrahentes conveniri solent, etiam non conventa inesse in bonæ fidei iudiciis. Quod alibi reprobavi. Martini opinionem pluribus rationibus eleganter firmat Ant. Fab. 1. *Coniect.* 16. sententiam tamen suam retractans 13. *Coniect.* 1. *& seqq.* Ad quos remitto. Contrahenda enim quantum potest, hæc notata. Add. M. Vertranius Maurus *de iure liberorum* C. 5. Cujac. *ad lo. & ad L.* 81 *de R. I.* P. Greg. 9. *Synt.* 22. *n.* 9. *&* 10. Tessaur. *Decis.* 190 Ranchin. *de Succ. int.* §. 14. *n.* 3. *& seq.* Io. Vinc. Hondedæ. *Vol.* 2 *Cons.* 75.

4) Vel si filia ideo divertit ut maritum lucro dotis afficiat *L.* 5 *de divort.* quæ itidem de emancipata loquitur. At cur in *d. L.* 4. *C. sol. Matr.* adiecta *filiafamilias*. Resp. Govean. 2. *Var. Lect.* 4 eam ceu ineptiam expungit. A. Fab. 1. *Coniect.* 16. aut esse interpretis aut (quod verius est) ita ex facto propositum Imperatori, quod in ea specie fuerit filiafamilias.

in *fragmentis* Ulpiani *Titulo de Dotibus*, dotem hoc casu apud maritum remanere, exclusis videlicet & patris, & filiæ heredibus. Usque adeo, ut etsi soluto matrimonio vixerit filia, quo casu ei iam ante actionem dedimus, non patri; tamen scribat si postea filia decesserit, non aliter heredi eius actionem dari, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit: ut sic dos hic quoque apud maritum remaneat. Sed totum hoc ius a Iustiniano immutatum est, & generaliter cautum, ut quo casu dotis profecticiæ actio patri non datur, ea aut sit filiæ, si vivit; aut ea mortua in matrimonio patre iam ante defuncto, aut mortua post divortium, actio transmittatur ad heredes eius, tanquam in re quæ debuit mulieris esse propria. Hoc in *L. unica*, *§. maneat*, *C. de rei ux. act.* Plane si proponas avum paternum dedisse dotem neptis suæ nomine, eamque postea in matrimonio mortuam: quanvis avus primo, deinde neptis decesserit, placuit tamen hic dotem non pertinere ad heredes filiæ, sed patri eius reddi oportere, hac ratione, quod cum pater meus dotem propter me filiæ meæ nomine dedit, perinde sit quasi ipse dederim. Ubi scilicet officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet: & quia pater filiæ, ideo avus propter filium dotem dare debet. Hoc in *L. dotem*, *D. de collat. bon.*

X. Sed meminerimus hæc dicta esse de dote, quæ ab extraneo data sit simpliciter. Quod si dederit ea lege, ut sibi dos quandoque restitueretur: & conventio rata est, & est illi ex conventione actio, qua dotem soluto matrimonio recte petat. Si stipulatus est sibi reddi, actio ex stipulatu. Si pactus est tantum, actio præscriptis verbis. *L. unica*, *§. accedit*, *C. de rei uxor. act.* Sic enim traditioni rei suæ legem dixit. Ac quamcumque legem in traditionibus rerum suarum quis dixerit, hanc servari placet etiam ad actionem. *L. in traditionibus*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* Atque hinc præscriptis verbis actio, quam esse placet, quoties dedi aut feci tibi aliquid, ut vicissim quid dares aut faceres, & res in aliud nomen non transit. *L. 5. D. de præscr. verb. d. L. legem*, *C. de pact.* Sed hanc conventionem omnem in dote danda, seu in continenti interponi oportet. *L. ex morte*, in fin. *C. de pact. convent.*

XI. Interposita ex intervallo nihil agit, sive extraneus pactus sit tantum sibi dotem reddi, sive etiam stipulatus. Pactum quidem postea ideo nihil agere certum est, quia ex pacto non nascitur actio, *d. L. legem*, *C. de pact.* Sed nec si stipuletur postea sine voluntate mulieris, ideo actionem in suam personam transferet. *L. quoties*, 29. quia actio semel quæsita mulieri a principio, ei invitæ auferri non potest. *L. ult. D. de pact.* Usque adeo, ut quanvis mulieris nomine dotem dederit ante nuptias, non possit tamen ex intervallo, quanvis ante nuptias dotem sibi stipulari citra voluntatem mulieris. Isto enim modo revocaret ad se dotem, quæ semel mulieri quæsita est in eum casum, quo nuptiæ sequerentur. Quod nemo extraneus potest facere, quandiu spes est matrimonium sequi posse. *L. quod Servius*, *D. de cond. caus. dat.* Diversum in patre, qui filiam in potestate habet *d. L. quoties*, 29. ver. *plane*. *D. sol. matrim.* de quo dicetur postea suo loco.

XII. Quinimmo etsi consentiente muliere stipuletur extraneus ex intervallo dotem sibi reddi; tamen ita demum utiliter stipulatur, & dotis actionem sibi acquirit, si mulier in matrimonio decesserit, & decesserit sine liberis. Quod si soluto matrimonio mulier vivet, extraneus ea invita agere non poterit: certe agens exceptione summovebitur. Sed etsi in matrimonio decedens reliquerit liberos, dotis actio ad liberos eius, non ad extraneum pertinebit. Significatur horum utrumque in *L. post dotem*, 40. *D. sol. matr* Sed cum iure civili nascatur actio ex stipulatione quovis tempore interposita, *§. de constituta*, *Inst. de act.* cur hic ex superiore stipulatione non nascatur actio extraneo; præsertim cum stipuletur muliere consentiente? Caussæ hæ sunt. Nam si mulier vivit soluto matrimonio, & stipulanti extraneo actionem dotis damus, sit conditio mulieris deterior in dote, utpote cui actio ab initio quæsita superiore stipulatione adimitur. Mulier autem paciscendo deteriorem conditionem suam in dote facere non potest. *L. de die*, 14. *D. de pact. dot.* Proinde nec paciscenti consentire. *L. cum quis possit*, *D. de reg. iur.* Muliere autem in matrimonio mortua, ideo liberis eius adversus verba superioris stipulationis actionem damus, quia non videtur mulieris consentientis voluntas longius processisse, quam ut dos rediret ad stipulatorem, si ipsa sine liberis decessisset. Quæ conditio in eiusmodi consensu semper inesse existimatur: dum hæc pietatis nomine coniectura est neminem alienas successiones propriis anteponere. *L. cum avus*, 102. *D. de*

D. de cond. & dem. L. cum acutissimi, C. de fideic.

XIII. Adeo autem extraneus citra conventionem de restituenda sibi dote ab eo interpositam, dotis actionem non habet, nisi quo casu iure succursum ei diximus, ut si in unum casum soluti matrimonii pepigerit dotem reddi, puta vel in divortium, vel in mortem, soluto in alterum casum matrimonio, in quem casum non pepigit, non habeat actionem. *L. si cum dotem*, 22. in pr. *D. sol. matrim.* Nam quod in substitutione filio impuberi a patre facta hoc observatur, ut si in unum tantum casum facta sit, puta si filius heres non erit, aut in hunc, si filius intra pubertatem decesserit, videatur etiam in alterum casum facta, qui omissus est; ad contractus non pertinet. Aliter enim voluntatem testantium interpretamur, aliter contrahentium: testantium plenius, ut quibus propositum sit liberalitatem exercere. *L. in testamentis*, *D. de reg. iur.* Contrahentium restrictius, cum semper promissoris mens sit, ut tantum praestet, quantum promittit; ultra autem, quam nominatim convenerit, non teneatur. In quam sententiam scripsimus plura ad *L. 7. D. de verb. obl.* Quisquis igitur dotem daturus pro muliere de dote sibi omnimodo reddenda recte cavere volet, ita cavebit, ut paciscatur eam sibi reddi, quocunque modo matrimonium solutum erit. *L. si quis sic*, 56. *D. sol. matr.* Aut generaliter dotem reddi soluto matrimonio: quibus verbis idem contineri visum est. *L. cum quaerebatur*, *D. de verb. signif.* Merito: utpote verbo generali omnes species subiectas comprehendente. *L. si servitus*, *D. de servitut. urb. praed.*

XIV. Haec de dotis exactione, quae dos ab extraneo data sit, dicta sunt. Diversa caussa est dotis datae a patre, qui filiam in potestate habet, & diversa caussa in utramque partem, sive pater dotem simpliciter dederit, sive caverit dotem a se datam sibi reddi. Si dedit simpliciter, aut quod idem valet, dedit solum pactus, ut sibi dos restitueretur, hic pene omnia singularia agnoscas. Non enim ut extraneo dotem simpliciter dante, dos & dotis actio filiae acquiritur, ita & nunc aut acquiritur filiae soli, aut soli patri; sed placet dotem communem esse patris & filiae. *L. 2. 5 §. 1. L. 3. D. sol. matr.* Atque hic etiam diligenter videndum quais sit, quidve contineat haec communio. Non enim certe sic accipienda est, ut in caeteris rebus communio nominari solet. Commune enim duorum aliquod esse dicimus, cuius pars est unius ex dominis, pars alterius, partibus indivisis, *L. 5. D. de stip. serv.* Non sic communis dos patris & filiae hic intelligenda est, quasi pars eius in patrimonio patris, pars in patrimonio filiae. Hoc enim tenendum est, dotem quanvis sit filiaefamilias, tamen esse proprium patrimonium filiae, idest rem eiusmodi, quae etsi a patre profecta sit, non tamen ut res caeterae profecticiae, acquiratur patri, sed sit filiae in solidum. *L. 3. §. ergo*, *D. de minor. L. pater*, 71. *D. de evict.* Sed dicitur dos communis, quae communis est non dominii, sed petendi & exigendi iure; quia scilicet petitio & actio est communis. Et tamen rursum non ita communis, ut possit uterque eam exercere, prout volet; [6] solus enim eam exercet pater, ut mox dicetur; sed communis ideo; quia ita patris petitio est, ut tamen non possit is petere, nisi voluntate & consensu filiae. *L. 2. §. 1. D. sol. matrim.*

XV. Itaque haec communio actionis dotis profecticiae duas res continet, quas easdem singulis tribuit, petitionem patris, & voluntatem filiae. Quod ad petitionem attinet, quandiu filia in potestate est, solus pater de dote a se profecta agit soluto matrimonio: filia nequaquam. *d. L. 2. §. 1. sol. matrim. L. & heredi*, *§. filiafamilias*, *D. de pact.* At quo iure patri actio eius dotis nomine, quam filiae esse dicimus, non patris? *d. L. 3. §. ergo*, *D. de min. L. pater*, 71. *D. de evict.* Nam de his quidem, quae patri per filios acquiruntur, recte agit pater, utpote de suis. At quae patri non acquiruntur, constat eorum actionem non competere patri, sed liberis, quibus acquiruntur, ut fit in peculio castrensi, quasi castrensi, & in adventiciis, quae acquisitionem paternam effugiunt. *L. lis nulla*, *D. de iud. L. ult. §. 1. C. de bon. quae lib.* Cur igitur, inquam, & in dote, quam fatemur esse filiae, non idem servamus? aut cur praeter regulam patri actionem damus in re aliena? Iden fit, quia interest patris filiam dotatam habere; proinde & recipere dotem, quam iterum det pro filia nuptura. *d. L. pater*, 71. *D. de evict.* Interest autem patris ideo, ne pater hac dote

[5] Ubi verba *& dos ab eo profecta* Triboniani esse vult Govean. 1. *Var. Lect* 44 per Ulp. *Tit.* 6. §. 6. Quod refellit Hotoman. 9. *Obs.* 2.

[6] Vid. Cuiac. 6. *ad Afric. in L. ult. rem rat. hab.* Gomez. *in L. Tauri* 50. & 3. *seqq. n.* 28. Cabot. 1. *Disp.* 28. Ant. Fab. 13. *Coniect.* 6. filiamfamilias sine consensu patris nec adventitiam dotem repetere contendit.

dote non recepta, cogatur aliam dotem dare pro filia. Est enim officium patris dotare filiam. *L. dotem*, 6. *D. de coll. bonor. L. capite*, 19. *D. de rit. nupt.*

XVI. Interdum tamen utilitate dotis & filiæ ita exigente, ipsa filia de dote agere potest, quamvis sit in potestate, & dos a patre cuius in potestate est profecta. Quod duabus de caussis illi concessum est. Una, si pater absit, nec quisquam eius nomine experiatur. Veluti si ab hostibus captus sit, si relegatus ab eo loco, ubi dos petitur, aut qui pro absente est, si sit furiosus. Quo casu placuit filiæ actionem dari nomine patris, & hac de caussa exigi ab ea, ut satisdet patrem ratam rem habiturum. *L. si cum dotem*, 22. *§. si patri*, *§. si soluto*, *D. sol. matrim.* Ut ex edicto generali de procuratoribus quoties quis actionem sibi dari postulat. *L. servum*, 33. *§. ait*, *D. de proc.* Altera caussa est, si pater præsens actionem movere nolit, & maior sit dos, quam ut eam videatur filia ex bonis patris posse consequi. Iustiniani exceptio in Novel. *de æqualit. dot.* 97. *§. ult.*

XVII. Utcumque autem pater de dote agat, semper placet eum ita agere posse, ut possit hac conditione, quam superior communio exigit, nempe dum agat pater ex voluntate & consensu filiæ. *d. L.* 2. *§.* 1. *sol. matrim.* Quo loco rursum proprium quiddam illius voluntatis & consensus in hac petitione animadvertendum est. Nam in cæteris caussis, in quibus consensus aut voluntas alicuius exigitur, sic fere ex proprietate verbi, & hominum ingenio accipitur hic consensus, ut intelligatur consentire is demum, qui aperte vult & consentit. Qui autem non dico contradicit, sed etiam non contradicens silet, is pro invito nedum consentiente habetur. *L. filiusfamilias*, 8. *§. invitus*, *D. de procur. L. invitum*, 5. *D. de servit. urb. præd.* Illud quidem constat in cæteris caussis, ubi rem ex vero æstimamus, nunquam furiosum velle aut consentire existimari. Non dico expresse, de quo constat; sed ne tacite quidem. *L. qui ad certum*, 14. *D. loc.* Cum furiosi nulla voluntas sit. *L. furiosi*, *D. de reg. iur.* Multoque minus pro consentiente habeatur, qui aperte contradicit. *d. L. invitum*, *D. de servit. urb. præd.* Hæc non sic in ista voluntate & consensu filiæ accepta sunt: sed benignius pro favore dotis & conditione personarum hoc modo, ut sæpe pro consentiente habeatur filia, non tantum cum non contradicit, sed & cum aperte contradicit.

XVIII. Silentium quidem filiæ in hac caussa pro consensu est duobus temporibus. Uno, si ita non contradicat, ut nec possit contradicere natura; puta, si sit furiosa, aut mente capta. *L.* 2. *§. ult. sol. matrim.* Nam si hic id agitur, ut voluntas eius exquiratur, ut agitur, *L.* 3. *eod.* cur exquiramus voluntatem eius, quam certum est velle non posse? Altero, si filia sanæ mentis cum sciret dotem peti a patre & posset contradicere, non contradicit. *d. L.* 2. *§. ult. solut. matrim.* Scire eam intelligimus, si aut præsens est, cum pater agit, aut absens monita patrem agere, non significat se non consentire. Cæterum si absens est, moneri oportet, & exspectari, quid taceat, aut respondeat. *d. L.* 2. *§. ult.* Potest enim monita contradicere, & iustas contradicendi caussas adferre. Quid tamen, si ignoretur ubi sit filia, aut tam procul absit, ut facile moneri, aut de voluntate eius cognosci non possit, utilitas autem dotis petitionem urgeat? Licebit patri petere nihilominus, adhibito tamen remedio communi iuris: nempe ut petat dotem & suo & filiæ nomine tanquam procurator; quod potest & sine mandato facere. *L. sed & hæ*, 35. in pr. *D. de proc.* Solum exigitur ab eo, ut hac parte caveat filiam ratum habituram ex edicto quod exstat in *d. L. servum*, 33. *§. ait*, *D. de proc.* Et hoc est remedium, quod in hac re strictim & velut obiter indicatur in *d. L.* 2. in fin. *sol. matrim.*

XIX. Contradictio autem etiam ipsa filiæ interdum pro voluntate eius habetur: quod tum fit, cum illa contradicendi caussam non habuit. *L. si cum dotem*, 22. *§. necnon. L. dotem*, 37. *eod.* scilicet, ut quæ iniuste contradicit, perinde habeatur, quasi nec contradixisset: ut accidit alias in iis, quæ vitiose fiunt *L. quoties*, *D. qui satisd. cog.* Sola ergo auditur contradicens, quæ habuit iustam caussam contradicendi. Iusta contradicendi causa est, si patris ea sit persona, ut periculum sit, ne acceptam dotem consumat: puta decoctorem esse, aut alias tam turpem, ut facile id sit facturus, *d. L. si cum dotem*, 7 *§. necnon*. Adeo autem quæ ex hac caussa contradicit, non cogitur consentire patri, ut etsi latitet, ne tali patri consentire cogatur, deneganda sit patri actio caussa cognita; ut in cognitione versetur, num filia verecun-

7) Quæ aliæ? Menoch. *Arb. Iud.* QQ. c. 241. A. Fab. 5. *Coniect.* 19. v. *idemque officium* in d. §. 6. Tribonianum inseruisse putat.

eunde id agat, ut isto modo per absentiam patri contradicat, *d.* §. *necnon*. Quod si nihil tale adferetur, erit & contradictio filiæ, & silentium superius eiusmodi, ut in his omnibus videatur dos peti voluntate filiæ. In quo nemo nobis obiiciat & veritatem rei, & alias caussas, in quibus de interpretatione voluntatis & consensus aliud observari diximus. Dicuntur enim ista in hac caussa repetendæ dotis, non quia superioribus modis vere consentiat filia, sed quia videatur consentire, ut est in *d. L.* 2. §. *ult. sol. matrim.* id est quia cum vere non consentiat, pro consentiente tamen habeatur, *d. L.* 2. §. *ult. sol. matrim.* Recepta autem interpretatio in hac specie iure singulari cum propter utilitatem filiæ, tum propter reverentiam a filia patri debitam, item & affectum patris. Interest filiæ dotem peti, & recipi a patre, quam ipse postea iterum det ad eam elocandam. Reverentia patri debita facile suadet, ut filia sequatur iudicium & voluntatem patris. Affectus autem patris erga filiam facit, ut recte tota hæc caussa patri committatur, nisi filia aperte & iuste dissentiat, aut de absente iuste dubitetur, an possit id facere. Nam pater pro affectu paterno recte & in rem filiæ omnia consulet, cum nullus sit amor, qui vincat paternum. Ratio in re simili reddita in *L. ult.* in pr. *C. de cur. fur.*

XX. Hunc consensum & voluntatem filiæ in repetitione dotis non omnibus temporibus exigimus, ut intelligatur pater dotem communem recte petere. Unum tempus hic spectamus, & id litis contestatæ: ut sive tunc iure dissentiat filia, nihil prosit patri ipsam aliquando consensisse: sive tum consentiat, nihil noceat ipsam prius dissensisse. *L. si cum dotem*, 22. §. *eo autem*, *sol. matrim.*

XXI. Apparet ergo ex his in dote non solum exigenda, sed etiam solvenda quæ communis est patris & filiæ, utriusque voluntatem exquiri debere. *L.* 3. *D. eod.* Effectus hic est, ut si alterutrius voluntas defuerit, neuter alterius conditionem facere possit deteriorem, *d. L.* 3. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Id autem habet in utriusque persona hanc significationem, ut si patri dos soluta sit sine voluntate filiæ, dotis actio adversus maritum filiæ non sit adempta; quandocunque sui iuris facta fuerit: *d. L.* 2. §. 1. *sol. matrim.* & contra si filiæ restituta sit citra voluntatem patris, nihilominus patri & viva filia & mortua supersit actio, ut dos ei solvatur, *d. L. si cum dotem*, 22. §. 1. *eod.* Horum tamen utrumque interdum aliter se habet, iustis de caussis ius superius temperantibus, atque id efficientibus, ut filiæ quandoque denegetur actio, etsi patri dos soluta sit sine consensu filiæ; nonnunquam denegetur patri, etsi sine voluntate eius soluta sit dos filiæ, quia scilicet non sit, quod illa, aut hic conquerantur.

XXII. Patri igitur soluta dote citra voluntatem filiæ, huic de dote agere non licet duabus de caussis. Una, si pater receptam eam dotem alii viro eius filiæ nomine dedit: *L.* 4. *D. sol. matr.* sic enim videtur maxime dos ad filiam pervenisse: cum dos etiam constante matrimonio efficiatur mulieris, *L. quamvis*, 75. *D. de iur. dot.* Altera, si filia a patre instituta heres, aut ex legato tantum sit consecuta, quantum ei dotis nomine debeatur a marito, qui patri solvit. Ubi placet eam accepto contentam esse debere, & cum dote debere acceptum compensare. *L. si cum dotem*, 22. [8] §. 3. *D. sol. matrim.* Et tamen si maritus ipse quid reliquerit uxori, placet nihilominus uxorem utrumque consequi & legatum & dotem, nisi specialiter pro dote ei maritus reliquerit; quod cautum est in *L.* [9] *unica*, §. *sciendum*, *C. de rei uxor. act.*

XXIII. Non sunt hæc contraria, quæ voluntas patris, & mariti aperte distinguit. Pater cum dotem a genero suo recipit, omnino hoc animo est, ne unquam filia ab eo hanc dotem repetat. Pertinet enim ad patris existimationem, ne maritus fallatur, ut cogatur iterum solvere, quod iam patri solvit. Quæ cum patris voluntas sit, credibile est, quidquid ille in filiam contulit, ipsum hoc relictum ad eam cogitationem retulisse, ut filia eo contenta nihil in posterum adversus eam voluntatem faceret. Est etiam æquum, voluntatem patris in hac re servari, si servari potest sine filiæ iniuria, idque filia consecuta sit beneficio patris. Nulla autem iniuria est filiæ, si dotem non repetat, ubi tantundem est a patre consecuta. At cum maritus aliquid legat uxori, neque addit se id legare, ut pro dote cedat: nihil hic proponitur in voluntate eius; quasi velit ita fieri. Quinimmo solutionis dotis, & lega-

8) Quam emendant Cuiac. 3. *Obs.* 16. pro *tantum*, *quantum* reponens *amplius quam*, & A. Fab. 4. *Coniect.* 9. pro *nemine* legens *minime* vel *non*. Vid. Rob. 2. *Animadv.* 16. Cabot. 1. *Disp.* 28. ubi conciliat *L. si pater* 4. *de collat. dot.*

9) Olim contra ex edicto de alterutro, de quo vid. Cuiac. 3. *Obs.* 16. & A. Gub. *de Matrim. Tit. singularia dotis n.* 19.

legati natura contrariam eius voluntatem declarat. Nam solutio debiti necessitatis est; legatum autem liberalitatis & beneficentiæ: quæ tam diversa in eamdem rem non cadunt.

XXIV. Non minus & in eam partem, qua dos filiæ soluta est sine voluntate patris, denegatur interdum & patri actio. Quod item duobus casibus receptum est. Uno si pecunia soluta ad patrem pervenit. *L.* 3. *D. sol. matrim.* Altero, si non perdituræ, & iustis ex caussis soluta sit. *L. si cum dotem*, 22. §. 1. *eod.* Non perdituræ & ex iustis caussis dotem restitutam accipiemus, si restituta sit ex iis caussis, propter quas constante adhuc matrimonio eam recte restitui supra diximus: caussæ comprehensæ in *d. L. quanvis*, 20. & *L. seq. eod. tit.*

XXV. Sed hæc omnis petitio, quam patri tribuimus in dote ab eo profecta, itemque illa communio patris & filiæ, quam hic esse diximus, hactenus perseverat, quoad filia soluto matrimonio in patris potestate erit: Quod si soluto matrimonio prius quam dos solveretur patri, filia sui iuris esse cœperit, exinde & dos & dotis actio tanquam proprium patrimonium ad filiam revertitur, quocunque tandem modo exierit de potestate, sive morte patris, sive eius deportatione, sive sit a patre emancipata. *L. unica*, §. *videamus*, §. *& hoc*, *C. de rei uxor. act. L. in insulam*, 42. in pr. *D. sol. matrim.* Sed quomodo quæ prius actio patris erat, in filiam transfertur sine voluntate patris; cum regula iuris efficiat, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transire non posse? *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* Quia sane neque dos, neque dotis actio vere antea fuit patris, sed filiæ. Dotem quidem esse proprium patrimonium filiæ iam aliquoties diximus. Quod ad petitionem attinet, eius exercitio sola est patris, actio filiæ. Atque hæc ipsa exercitio non perpetua, sed tributa patri pro eo solum tempore, quo filia est in eius potestate: non quia interim dos sit eius, sed quia tandiu eius interest dotem ad eum redire, qui pro officio patris filiam dotare debet, ut diximus. Hæc necessitas dotis dandæ tollitur, cum pater filiam in potestate habere desiit. *L. capite* 19. *D. de rit. nupt.* Non mirum igitur, si caussa dotis dandæ sublata, etiam exercitio actionis desinit. Qua patri adempta, nimirum solida actio incipit esse filiæ. Adeo autem actio ad filiam pertinet, cum patris potestate liberata est, ut possit dotem petere non tantum a marito, aut heredibus eius; sed etiam a patre ipso, aut patris heredibus, si proponas patrem filiæ genero suo, eidemque filiæ marito heredem exstitisse. *L. si socer*, 44. in pr. *D. sol. matrim.* Quid plura? quanvis pater lite de dote contestata ex voluntate filiæ, & re secundum eum iudicata decesserit: placet tamen actionem, quæ patri quæsita videbatur, filiæ dandam esse, non heredibus patris. *L. si marito*, 31. §. *si voluntate*, *D. sol. matrim.* Atqui nova hæc iudicati obligatio est a patre contracta, unde & ei iudicati actio acquiritur. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Sed ut lis contestata est voluntate filiæ, & in re eius, sic & actio eodem modo quæsita patri: ut appareat in hac re primam caussam esse filiæ. Et generaliter tenendum est, cuius principaliter in iudicio res est, quo nomine agitur, ad eum etiam partam eo nomine iudicati actionem redire debere. *L. si procurator meus*, 28. *D. de proc.*

XXVI. Sed etsi soluto matrimonio filia cum adhuc in potestate esset patris, mandaverit marito, ut dotem patri redderet, & iam maritus mandatum ad rem contulerit, ut scilicet solveret partem patri: si tamen prius quam altera pars solveretur, filia sui iuris esse cœperit, placet eam neque mandato suo, neque mariti solutione impediri, quominus reliquam partem suo iure recte petat. *L. pen. L. filiafamilias*, *D. sol. matrim.* Non enim superiore iussu filia cessit patri suas actiones, ut quis dicat, cum pater creditor aliquid ex eo debito acceperit, inhiberi cedentis exactionem, ex *L.* 3. *C. de novat.* sed mandavit solum marito, ut quid faceret. Mandatum autem sola voluntate recte revocatur. §. *recte*, *Inst. de mand.*

XXVII. Sed meminerimus superiora omnia de repetitione dotis profectæ a patre, qui filiam in potestate habuit, dicta esse de eo patre, qui filiæ nomine simpliciter dotem dedit, nulla scilicet interposita de dote restituenda conventione. Quod si caverit dotem sibi restitui soluto matrimonio, est, ubi mutetur ius superius; est etiam, ubi nihilominus perseveret inutili pactione constituta. In quo non idem servatur, quod in conventione ab extraneo interposita servari diximus. Est autem dissimilitudo duplex. Nam hic ex parte minus tribuitur pacifcenti patri, qui filiam in potestate habuit; ex parte plus quam extraneo.

XXVIII. Minus tribuitur in eo, quod extraneus dotem dans ea lege, ut soluto matrimonio sibi reddatur, dotis actionem sibi acquirit, sive stipuletur id ita fieri, sive

ſive paciſcatur tantum. *L. unica*, *§. accedit*, *C. de rei ux. act.* cuius rei ſupra rationem reddidimus. Pater autem non extraneus idem cavens, ita actionem dotis propriam ſuam facit, ſi ſtipuletur eam ſibi reddi. *L. quoties*, 29. *D. ſol. matrim.* Pactus tantum, quanvis incontinenti id faciat, nihil agit. Non enim, ut eſt in *L. avia*, *C. de iur. dot.* actionem dotis profecticiæ nomine ſibi competentem conventione ſimplici creditur innovare. Et hoc eſt: patri qui filiam in poteſtate habuit, dotis profecticiæ actio competit ſine alia conventione. Hanc eandem neceſſe eſt eum conventione de dote reſtituenda interpoſita retinere, niſi eam novatione in aliam actionem transferat. At hanc ſimplici pacto non creditur innovare, quia ſtipulatione novatio fit, non item pacto. *L.* 1. *D. de novat.*

XXIX. Rurſum alia parte huic patri de dote ſibi reſtituenda caventi plus tribuitur, quam extraneo idem ſtipulanti, quod extraneus ſi ex intervallo etiam ſtipuletur dotem ſibi reddi ſine voluntate mulieris, actionem de dote mulieri ab initio quæſitam in ſuam perſonam non transfert. *d. L. quoties*, 29. *D. ſol. matrim.* ne ſi dotem quidem dederit ante nuptias, & ante nuptias ſtipuletur eam ſibi reddi non conſentiente muliere. *d. L. quod Servius*, *D. de cond. cauſ. dat.* Pater contra, qui filiam in poteſtate habet, hoc ipſum recte ſtipulatur ante nuptias, cum prius dotem dediſſet, & ſtipulando actionem ſibi acquirit, quanvis ſecutæ ſint poſtea nuptiæ. *d. L. quoties*, verſ. *plane*, *ſol. matrim.* Differentiæ ratio eſt, quod extraneus ſimpliciter dotem dando, facit; ut dos mulieri acquiratur in eum caſum, ſi nuptiæ ſequantur. *L. unica*, *§. accedit*, *C. de rei ux. act.* Quominus autem ſequantur, facto ſuo & voluntate impedire non poteſt, ut ſic ſemper videatur dediſſe, quaſi nuptiis ſecutis. At pater non extraneus ante nuptias dote data, quandiu nuptiæ ſecutæ non ſint, perinde habetur, quaſi non dediſſet, niſi quatenus velit. Eſt enim in eius poteſtate nuntium remittere ſponſo, atque ita ſponſalia diſſolvendo efficere, ne ulla dos ſit, ullave dotis actio proprie quæſita filiæ. *L. in poteſtate*, *D. de ſponſ.* Quod ſi hic pater ex intervallo ſtipulatus erit conſentiente filia, dotem ſibi reddi, tum quidem valere poteſt ſtipulatio: *d. L. quoties*, 29. *D. ſol. matrim.* ſed ita, ut in hac parte ſerventur eædem conditiones, quas in huiuſmodi ſtipulatione extranei ſervari, ante in extraneo diximus, ex *L. poſt dotem*, 40. *D. ſol. matrim.*

XXX. Hæc varietas iuris eſt in perſonis eorum, quibus ſoluto matrimonio dos reddi debet: in quo licet animadvertere, quam ſint pleraque omnia propria huius reſtitutionis diverſa a reliquis contractibus qui re fiunt. Perſonæ eorum, qui dotem reſtituere debent, quique actione huius obligationis propria tenentur, nihil in hoc genere proprium habent. Ut enim ex cæteris contractibus, qui re fiunt, is tenetur, qui rem accepit, & is ſolus; ita & in dotis reſtitutione ſolus, qui dotem accepit. Proinde maritus accepta dote ſemper, aut ſi qui nomine mariti acceperunt, ut interdum ſocero dos datur filii nomine. *L. ſi cum dotem*, 22. *§.* [10] *transgrediamur*, *D. ſol. matrim.* Quanquam hi diſſimili ratione tenentur. Nam in perſona mariti vere dos eſt, eo quod matrimonii ſuſtinendi cauſſa ei datur. *L.* 1. *D. de iur. dot.* Ideo is actione huius obligationis propria tenetur; olim rei uxoriæ, hodie ex ſtipulatu ex conſtitutione Iuſtiniani; de qua paulo poſt. Extraneo autem, & omni qui maritus non eſt, dos non eſt id, quod datur. Ita actione dotis propria eo nomine conveniri non poſſunt. Sed ut rem accipiunt ob cauſſam, ut in uſum & poteſtatem dotis marito convertant, ita ſoluto matrimonio tenebuntur condictione ſine cauſſa, id eſt condictione ob cauſſam dati cauſſa finita. *L.* 1. *D. cond. ſine cauſ.*

XXXI. Præter eum qui dotem accepit, nemo tenetur ex ea cauſſa principaliter. Per conſequentiam multis modis poſſe conveniri patrem legimus, cuius filio quem in poteſtate habet dos data ſit: ut quod iuſſu, de in rem verſo, de peculio. *d. L. ſi cum dotem*, 22. *§. transgrediamur*; *L. ſi filiofamilias*, 53. *D. ſol. matrim.* Sed communia hæc cum omnibus obligationibus, quæ ex contractibus filiorumfamilias, Eoque ad hunc locum proprie non pertinent. Ius de his comprehenſum *Inſt. quod cum eo.* De quo dicetur ſuo loco.

CAP.

10) Item ſi ei imputari poſſit cur non exegerit *L.* 33. *de I. dot.* Quod ſi mulier ipſa promiſit, nec ab eo dos exacta eſt, habet quidem actionem mulier ut promiſſione per acceptilationem liberetur, quæ alias haberet contra petitionem ex promiſſione dotis exceptionem doli *L.* 38. *§.* 1. *de peuul.* ſed non habet repetitionem dotis perinde ac ſi data eſſet. Neque enim probe marito imputabit uxor quod ſecum durius non egerit, nec abſolutionem urſerit, Cuiac. 8. *ad Afric.* in *d. L.* 38. *§.* 1.

CAP. VII.

Quid in repetitionem & restitutionem dotis veniat: quid inde apud maritum manere debeat. De fructibus dotis, eorumque divisione inter coniuges.

Quid veniat in restitutionem dotis, & quandiu. I.

Nihil eorum quæ dotis nomine aut in generibus tradita, aut æstimato data sunt, redditur: sed aliud tantumdem aut æstimatio. Quæ eiusmodi. II. III. IV. VI.

Eadem perpetuo debentur, donec aut solvantur, aut creditori satis fiat eorum nomine. V. VI.

Si convenerit ut res æstimato datæ reddantur si extent; eædem redduntur. Si, ut res, aut æstimatio præstetur: mariti erit electio. VII.

Res inæstimatæ desinunt deberi, si pereant: si vero extent, & res datæ, & earum commoda debentur præter fructus. VIII. IX.

Commoda aut non sunt in fructu; aut si in fructu, percepta ante nuptias, vel soluto matrimonio. X.

Priora in restitutionem veniunt. Eorum quatuor species, & quæ illæ. XI.

Posteriora eatenus restituenda, quatenus non fuere in dotis fructu. XII. XIX.

Fructus dotis quando tales fieri incipiunt aut desinunt. XIII. XIV.

Portio fructuum dividenda inter maritum & uxorem pro ea anni parte, qua matrimonium stetit. XV.

Anni initium ex eo die, quo dos esse cœpit, computandum. Interpretatio. L. 7. §. Papinianus D. sol. matr. XVI. XVII.

Nomine fructuum qui veniant. XVIII.

Summa iuris de fructibus perceptis a marito restituendis constituta. XIX.

Fructus etiam non percepti dolo vel culpa a marito restituendi, percipiendorum cautio præstanda. XX.

Quandiu repetitio dotis perseveret, quibus ex regulis æstimandum. Quæ propria huius loci. XXI. & seqq.

Cum species certa debetur, si pereat aut deterior fiat: interest casu ne, an culpa mariti. XXII.

In casu doti cum aliis liberationibus communis est desinitio; & quæ. XXIII.

In culpa secus. Qua in re differentia, & quæ differentiæ ratio. XXIV.

Actio dotis petendæ caussa extraneo prodita duplex, & quæ. Communis utraque. XXV.

Mulieri actio prodita triplex. XXVI.

1. *Actio in personam, vel ex stipulatu.* XXVII.

Posterior hæc ex Iustiniano habet iudicium bonæ fidei, & exigendi prærogativam. XXVIII.

2. *Actio hypothecaria. Quæ huius privilegia.* XXIX.

Quam vim habet hæc Pomponii definitio: dotis caussa semper, & ubique præcipua. XXX.

His actionibus maritus convenitur, in quantum facere potest. XXXI.

3. *De re dotali actio in rem. Eius prærogativa superior duabus reliquis; & quatenus.* XXXII.

I. Deinceps sequuntur res, quæ in obligationem eoque in repetitionem & restitutionem dotis veniunt. De quo si quæritur, sic recte definiemus, venire id quod debetur, & quandiu debetur. Ita hic res omnis huc redit, ut quæratur, quid hic debeatur, & quandiu.

II. Quorum de utroque facilis est, & paucis admodum contenta definitio in iis rebus, quibus in dotem datis alias deberi diximus. Sic enim licet breviter de his in universum definire, istas alias solas deberi, nihil autem eorum quæ in dotem data sunt; & quæ hic semel deberi cœptæ sunt perpetuo deberi, donec aut solutæ sint, aut eo nomine mulieri, eive ad quem ea res pertinet, satisfactum, aut actio præscriptione temporis exclusa. Quorum utrumque in ipsis generibus agnoscamus.

III. Earum ergo rerum genera duo esse ante diximus: res, quæ pondere, numero, mensurave constant, & res cæteræ quæ æstimatæ in dotem datæ sunt. Quid ergo hæ, & quale est, quod in his debetur?

IV.

IV. Priores scilicet in dotem in hoc dantur, ut statim fiant mariti pleno iure: non ut eadem quandoque restituat, quippe quæ ita dentur, ut maritus his utatur pro arbitrio, utendo consumat; quæ harum rerum natura est. Proinde ut reddat alias. Et quoniam id agitur sine iniuria mulieris, etiam illud agi intelligitur, ut aliæ reddantur eiusdem generis, & qualitatis, *L. res in dotem*, 42. *D. de iur. dot.* simili plane obligationis genere, quales in mutuo illarum contrahitur. De quo est in *L.* 2. in pr. & §. 1. *D. si cert. pet. Inst. quib. mod. re contr. obl.* in pr.

V. Atque ut in hoc genere aliæ res debentur solæ, ita etiam contra sic est hæc obligatio, ut res ipsæ cœptæ, non prius deberi desinant, quam aut solutæ sint, aut creditori eo nomine satisfactum. Quod eo pertinet, ut intelligatur, cum aliis rebus possit debitor alicuius rei interitu liberari, in hoc genere hoc evenire, ut hoc modo non possit. Nam cum ita ius sit, ut liberari possit debitor quivis interitu rei, sed rei tantum debitæ, de quo dicetur in liberationibus: *L. quod te*, 5. *D. si cert. pet. L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* hunc interitum superior obligatio non admittit. Nam ipsæ res quæ debentur, cum debeantur generaliter, incertæ, & nullo loco certo comprehensæ, non possunt dici periisse, quæ nusquam ostenduntur. Possunt quidem illæ perire, & auferri, quæ in dotem datæ sunt, utpote certæ, & quæ subiectæ sint casibus omnibus fortuitis. At iam effectum est eas non deberi, ut proinde ad constitutionem superiorem non pertineant. Ita liberatione interitus hic sublata, nihil relinquitur, nisi, ut quæ prius fuerat obligatio, nunc quoque perseveret, donec solutione, aut si quæ alia solutionis vim habeat, maritus in his liberetur. Atque ex his sumptum est, quod veteres de commodis illarum rerum, deque periculo mariti in his tradiderunt. Dari has scilicet, ut maritus ad arbitrium suum eas distrahat; proinde & commodo suo prout visum erit: & easdem esse periculo mariti. *d. L. res in dotem*, 42. *D. de iur. dot.* Necesse est enim his amissis detrimentum, & periculum mariti esse, si nihilominus adhuc ita tenetur, quasi non periissent.

VI. Eadem caussa rerum cæterarum, quæ in dotem datæ æstimatæ sunt. Nam hic quoque res ipsæ non debentur. Non tamen ut aliæ præstentur eiusdem generis, quando neque id agitur; neque res in suo genere recipiunt functionem, ut superiores, quomodo de his loquitur Paulus in *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* sed debetur æstimatio. Quippe æstimatio venditionem facit. Unde & maritus rerum dominium consecutus summæ velut pretii debitor efficitur. *L. plerunque* 10. §. *si ante*, *D. de iur. dot. L. quoties*, *C. eod.* Atque adeo huius summæ recipiendæ nomine non rei uxoriæ aut ex stipulatu actio est, sed ut in vera venditione ex [1] vendito. *L. cum dotem*, *C. eod.*

VII. Sane si rebus in dotem datis convenerit, ut res ipsæ soluto matrimonio, si exstarent, redderentur, conventio servanda est, & res ipsæ exstantes reddi debebunt. *L. æstimatis*, 50. *D. sol. matrim.* Quæ si perierint aut deteriores factæ sint, tum nihilominus [2] æstimatio debebitur. Hac lege, ut æstimatio adiecta non solum prosit mulieri, ne res periculo eius sit; sed etiam marito, ne si forte res multo pluris fuerint, quam æstimatæ datæ sunt, maritus amplius præstare debeat, quam id pretium, quo taxatæ sunt hæc in *L. si inter*, *C. de iur. dot.* Si tamen convenerit disiunctim, ut aut æstimatio, aut res præstentur, nisi quid adiectum sit, ut eligat uxor, utrum malit, mariti electio erit. *L. plerumque*, 10. §. *ult. D. de iur. dot.* Sicut accidit in omnibus aliis debitoribus, qui illud aut illud ex conventione debent, §. *hanc autem*, *Inst. de act.* Hinc de commodis, & periculo harum rerum eadem tradita, quæ & in superioribus. Nempe & commoda harum rerum, & periculum ac detrimentum ad maritum pertinere. *L. plerumque*, 10. in pr. *D. de iur. dot. L. cum dotem*, *C. eod. L. unica*, §. *cumque*, *C de rei uxor. act. L. pen.* §. *mancipia D. sol. matrim.*

VIII. In cæteris rebus, quæ æstimatæ in dotem datæ non sunt, ius in utramque partem commutatur, quamobrem & incipit hic locus patere latius. Nam & hic plures res debentur, & quæ semel deberi cœperunt, sic, ut interitu desinant deberi, atque hoc modo maritus liberetur. Quæ res hic debentur, partibus multæ, genere

duæ

1) Quando æstimatio rerum dotalium emptionem constituat. Vid. Covar. *Pract* 9.3. C. 28. Menoch 3. *Præsumpt.* 64. *n.* 14. *& seqq.* Add. Sc. Gentil. *Lib. de Æstim. rer. in dot. dat.*

2) *L. pen.* §. 3. in verbis: pro periculo mancipiorum *D. Sol. Matr.* Quod tamen Covar. *d. C.* 28. *n.* 4. sic accipere videtur si saltem levissima culpa mariti, alias non præstanda, accesserit.

duæ sunt; res in dotem data, & commoda, quæ ex ea ad maritum pervenerunt, aut pervenire potuerunt. Res data omnino, quæ & ipsa in petitionem venit. *L. æstimatis*, 50. *D. sol. matrim. L. in rebus*, 17. in fin. *D. de iur. dot.* Idque ita est, non tantum si res fuit mulieris, aut eius qui dedit, sed etiã aliena in dotem sit. *L. si alienam*, 11. *eod.* Nam ut supra dixi, res conventione hic geritur, dum id agitur in dote danda, ut quod in eam caussam pro oneribus matrimonii datum est, soluto matrimonio & exemptis oneribus reddatur.

IX. Commoda dotis ita se habent. Fructus dotis ad maritum pertinent pro oneribus matrimonii. *L. dotis*, 7. *D. de iur. dot. L. pro oneribus*, *C. eod.* Sed hi soli ex his commodis. Cætera dotem augent, & tanquam pariter debita una cum re in dotem data in restitutionem veniunt. Quod ita esse certo statuemus, si generibus & partibus horum commodorum propositis, reperiemus omnia in ea caussa esse, quam diximus.

X. Et sunt horum commodorum genera duo. Unum eorum, quæ non sunt in fructu. Alterum eorum, quæ sunt in 3 fructu quidem, sed percepta sunt aut ante nuptias, aut soluto matrimonio.

XI. Quæ commoda in fructu non sunt, earum species sunt quatuor, ac totidem eorum, quæ placet restitui debere. Prima species est earum rerum, quæ aliunde ad res dotales accesserunt. Ut si quid fundo dotali accreverit per alluvionem; si insula in flumine nata propter propinquitatem ei cesserit; si fundo, cuius ususfructus alienus erat, in dotem dato, ususfructus amissus ad proprietatem redierit. Hæc incrementa sunt dotis, & restitui debere placet. *L.* 4. *L. plerumque* 10. §. 1. *D. de iur. dot.* Scilicet quia non sunt in fructu cum fructus rei sit, quod ex re provenit. *L.* 7. *L. item si* 9. *D. de usufr.* Hæc autem extrinsecus ad rem accedant. Secunda species est earum rerum, quæ nascuntur quidem ex re dotali; sed non sunt in fructu. Cuius generis in fundis arbores, & silva non cædua. *L. ex silva*, 10. *L. seq. D. de usufr.* in animalibus ancillarum partus. *L. in pecudum*, *D. de usur.* Ideo & illas ad ius mariti non pertinere, & hos dotem augere ac venire in restitutionem traditur. De illis in *L. fructus*, 7. § *si fundum*, & *L. si fundus seq. D. sol. matr.* de his in *L. plerumque* 10. §. *si servi L. unica*, §. *cumque C. de rei uxor. act.* Tertia species est eorum, quæ per servos dotales quæsita sunt neque ex re mariti, neque ex operis eorum, ut si quid his donatum sit, si legatum, si heredes instituti hereditatem iussu mariti adierint. Hæc quidem in fructu non esse, constant, cum nihil ad eum qui in servo usumfructum habet, pertineat, §. *de his. Inst. per quas pers. nob. acq. L. si servi*, 21. & seqq. *D. de usufr.* Quamobrem &. ea si ad maritum pervenerint, aut pervenire potuerint, de his mulieri recte restituendis tenetur. Ex quo est consilium Modestini in *L. servus*, 58. *D. sol. mat.* Ut si maritus aliquid metuit damni ex hereditate servo delata, si iubeat servum adire, quod forte uxor non metuat, reddat servum uxori ea conditione, ut cum iussu eius adierit, rursum marito retradatur. Ita enim & mariti sollicitudini consultum fore ait, & uxoris desiderio pareri. Quarta species est eorum, quæ servis dotalibus a marito manumissis ad eum pervenerunt iure patronatus: ut sunt ea quæ imponuntur manumissionis caussa: ut hereditas liberti. Quæ iure patroni ad eum rediit. Hæc cum perveniant ab hominibus liberis quibus non fruimur, perspicuum est in fructu non esse. Sed tamen in commodis dotis esse constat, cum per caussam dotis ad maritum perveniant. Ideo & de his maritum mulieri teneri placet, ut reddat soluto matrimonio non aliter quam si mulier ipsa manumisisset. Ut hic quoque agnoscere liceat maritum pro tempore videri dominum esse subtilitate iuris; cæterum emolumentum dominii vere uxoris esse.

XII. Alterum genus eorum commodorum dotis, quæ in restitutionem veniunt, diximus esse eorum, quæ sunt in fructu quidem; sed tunc percepta sunt, cum dotis non essent. Id cum aliter intelligi non possit, quam si constiterit, quid de fructibus dotis & quatenus ad maritum redire debeat; pertinet ad hunc locum, ut de eo iam constituamus.

XIII. Sit ergo hoc initium, fructus dotis ad maritum pertinere pro oneribus matrimonii. Constitutio multis locis tradita. Ut *L. dotis*, 7. in pr. *L. plerumque*, 10. §. *si servi*, *D. de iur. dot. L. ult. D. sol. matrim. L. unica*, §. *cumque C. de rei uxor. act.* Sed fructus dotis exigimus. *d. L. dotis*, 7. *de iur. dot.* Ex quo intelligere licet, & ex quo tempore incipiant hi fructus fieri mariti, & quo tempore fieri eius desinant. Et de priore et quæ-

3) Vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. & 3. *seqq. n.* 33. Io. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 2. toto.

quæritur, sic recte definiemus tunc demum fructus incipere esse dotis, cum ex re quæ iam dotalis erat, percepti sunt. *L. ult. D. sol. matrim.* Idque est, quod apertius definitur in *L. 5. D. sol. matrim.* in fructibus a marito retinendis neque diem dotis constitutæ, neque diem nuptiarum observandum esse, *sed quo primum dotale prædium constitutum est.* Quod & de aliis rebus intelligendum est. *d. L. ult. D. sol. matrim.* Hinc quæstio, quando prædium dotale, quando res mobilis dotalis esse incipiat. Et ut sit prædium dotale (quod & ad cæteras res omnes etiam mobiles pertinere intelligendum est) duabus rebus continetur; ut prædium traditum sit nomine dotis, & ut nuptiæ sint secutæ. Primum id demum intelligi debet prædium dotale, non de quo convenit constitutione mulieris, ut doti esset, sed cuius tradita est possessio dotis caussa. *d. L. 5.* in fin. *D. sol. matrim.* Hoc ideo, quia proprium est dotis, ut eius dominus fiat maritus. *L. 1. D. de iur. dot.* Traditionibus porro, non nudis pactis dominia rerum transferuntur. *L. traditionibus, C. de pact.* Et ideo ut maxime instrumento dotali prædium constitutum sit in dotem, & nuptiæ secutæ; si tamen post aliquot menses prædium traditum sit marito, non computabimus ei tempus ad fructus habendos, nisi ex quo tempore ei tradita est possessio. *d. L. 5. sol. matrim.* Sed tamen nihil agit ad dotem constituendam sola traditio: semper nuptias intervenire oportet, ut dos sit, & si quid est, quod velimus esse dotis: cum dos sine matrimonio esse non possit. *L. 3. D. de iur. dot.* Proinde si sponsalibus contractis prædium iam ab initio multo ante nuptias dederit in dotem sponso, non tamen prius fructus eius fient, quam nuptiæ contractæ fuerint. *L. si ante, 6. D. sol. matrim.*

XIV. Quod si iam quæritur, quousque fructus fiant mariti; id eadem definitio nos docebit. Nam si mariti fiunt fructus ii solum, qui sunt dotis, consequens est nec diutius prædii in dotem dati fructus ad maritum pertinere, quam steterit matrimonium. Quippe soluto matrimonio, dos esse desinit, quæ sine matrimonio, ut dixi, esse non potest. *L. 3. de iur. dot.* proinde & prædium esse dotale, & quidquid antea dotale fuerat.

XV. Ex quo si toto anno, quo fructus percepti sunt, matrimonium stetit, & prædium dotale fuit, totius anni fructus ad maritum pertinebunt. Sin eo nondum exacto finitum erit, eveniet, ut novissimi huius anni fructus inter maritum & uxorem dividendi sint pro portione, ut pro modo temporis quo matrimonium stetit, ex quo dotale prædium fuit, fructus marito cedant; reliqui temporis mulieri. Quæ divisio illa est, quæ commemoratur in *d. L. de divisione, 5. sol. matrim.* pluribus autem & diserte statuitur in *L. unica, §. cumque C. de rei ux. act.*

XVI. Tantum hoc spectandum est in hac divisione, unde postremi huius anni initium computemus. Et iam supra effectum est computandum esse ex eo die, quo primum dotalis res esse cœpit. Ac quando dotalis esse incipiat, eodem loco diximus. Ac dividi quidem debere istius anni fructus inter virum & uxorem, eiusque anni initium cedere inde, unde dixi sententia est *L. fructus, §. Papinianus, §. ex contrario, seq.* & deinceps, *D. eod.* Neque enim toto eo loco alio spectat Ulpiani disputatio, quam ut collectis cuiuscumque generis fructibus, qui in hunc annum incurrent, declaretur in omnibus fructus quidem ad maritum pertinere: sed non longius, quam pro modo eius temporis, quo mulier in matrimonio fuit, & prædium fuit dotale: usque adeo, ut si in id tempus, quo matrimonium stetit, incidant duo genera fructuum, tanquam duorum annorum fructus, quorum priores collegerit maritus, nihil tamen is ex utroque amplius percipere debeat, quam pro modo eius temporis. Quam ad rem demonstrandam maxime comparata est ea species, & responsum quod proponitur ex Papiniano in *d. L. fructus, §. Papinianus, sol. matrim.* quod quoniam semper obscurum habitum est, nunc breviter exponam.

Ad L. fructus, 7. §. 4 Papinianus, D. sol. matrim.

XVII. Mulier contractis nuptiis fundum marito tempore vindemiæ in dotem dedit

4). Quam variantes vero interpretationes perpessa *d. L. 7. §. 1.* quantis contentionibus vexata? Nolim hic vel referendis vel refellendis aliorum expositionibus immotari, spectatæ brevitatis memor. Adeat eas cognoscere avidus Alc. 3. *Parad.* 1. Coras 5. *Misc* 7. Lonor. *Tr. de Fruct. Ax.* 36. *& seqq.* Zas. & Gribald. *ad d. L.* 7. Cuiac. 2. *Sent. Pauli* 22. 14. *Obs.* 22. 4. *Feud.* 30. *&* 2. *not.* Merc. 8. & Rob. 2. *Anim.* 8. Nic. Sudor. *Lib.* 2. *Disp. civil. p.* 185. *& seqq.* Charond. 1. *Verisim.* 10. Henr. a Suerin. *Rep. Lect.* c. 32. A. Fab. 1. *Coniect.* 13 Pac. *in Explic. eiusd. L.* Alex. Turamin. novissime Tinæ. Fab. 1. *Annot.* 11. Nullum ex his sententiam Papiniani penitus assecutum suspicor. Alii verba L. (ut putant) amplexi contra rationem & sententiam aperte nituntur, & a iusta computatione recedunt, malique sunt arithmetici. Alii dum iustam computationem inire student, verbis vim faciunt. Aliorum interpretatio tum a ver-

dit Calendis Octobris. Ita eo tempore primum hoc prædium dotale factum est; quo mense vindemiæ fructus maritus percepit. Mox eundem fundum ex Calendis proximis Novembribus fruendum locavit. Deinde mensis Ianuarii insequentis ultima die matrimonium solutum est. Unde apparet hic proponi matrimonium primo anno, & eodem hic novissimo, nondum completo solutum esse; idem matrimonium stetisse quatuor mensibus, id est tertia parte anni; in id autem tempus incurrere duo genera fructuum, fructus vindemiæ maturos præcedentis anni, quos maritus percepit; item mercedem locationis anni insequentis, qui fructus est, qui iure percipi dicitur in *L. si navis*, *D. de rei vind.* Quæsitum est, quoniam fructus huius anni inter maritum & uxorem dividi debere constat, utrum hunc annum computare debeamus ex die locationis, ex quo est ultimus annus, quo merces percipitur; an vero ex die traditi fundi, id est ex Calendis Octobris. Si dicimus ex die locationis, quasi ex eo die sit is annus ultimus, de cuius solius fructibus dividendis agitur, eveniet, ut maritus retineat fructus integros ante perceptos, & eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis. Hoc cum sit iniquissimum, respondet Papinianus initium anni de cuius fructibus dividendis hic agitur, non esse computandum ex die locationis, sed ex die præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit, id est ex Calendis Octobris, proinde cum quatuor tantum mensibus matrimonium steterit, vindemiæ fructus, & quartam portionem mercedis instantis anni confundi debere, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. Tertia portio unius anni marito in proposito relinqui debet, quia quatuor mensibus, id est tertia parte anni matrimonium stetisse proposuit, ut sic fructus ad maritum pertineant pro modo eius temporis, quo matrimonium stetit. Hæc tertia portio ex fructibus vindemiæ & mercede locationis contusis ideo sumetur, quia cum uterque fructus in illud tempus quatuor mensium incurrerit, non debet tota ea portio potius sumi ex uno genere fructuum, quam ex altero. At ad hanc confusio-

a verbis, tum a sententia immane quantum distet. Hypotheses itaque aliorum omitto, unam Duareni posuisse contentus, tum quia Donellus illi accedit, tum quia mea, quam subiiciam coniectatio, eodem fere tendit, licet alio medio. Species itaque Duareni talis. Merces 12. aureorum. Vindemiæ 24. Quarta parte anni stetit matrimonium. Si haberetur ratio mercedis solius, tantum 4. consequeretur maritus, sin vindemiarum solarum 8. Verum utriusque ratio habetur, non unius, quia non eodem anno stetit matrimonium. Ac licet non diutius 4. mensibus, tamen unus mensis: October, in finem prioris anni, tres reliqui in posterioris initium incurrunt. Quare in hac hypothesi 5. accipiet maritus, tres quidem aureos pro quarta parte mercedis, & duos pro duodecima vindemiarum. Et hæc divisio equidem rationi iuris congruit & æqualitatis analogiam servat, si ponamus fundum in quo solæ vindemiæ, ut probabile est de eo sensisse IC. Ac licet Cuiac. 2. *Sent. Pauli* 22. speciem Duareni inde refelli putet, quod illi consequens sit locationem obfuisse marito. Nisi enim locasset, proculdubio consequutus esset 8. tamen hæc non valde officiunt. Sibi enim imputet maritus si vilioris fundum locavit, quam vindemiæ redditus prioris anni fuerunt, quarum proventus fere solet esse incertus. Quin æquo animo ferat hoc si quid est damni, cui converso casu nec lucrum maius auferetur; Arg. *L.* 25. §. 6. *Locati*. Nam si ponas Vindemias fuisse 12. Pensionem locationis 24 Hic ea sententia Duareni 7. consequetur maritus, 6. de mercede, & 1. de vindemiis; qui nisi locasset, tantum 4. accepturus. Nec omnino improbabiliter Duarenus verba *vindemiæ fructus* accipit non de totis, sed unius mensis. Nam cum Papinianus non addat fructus *integros* confundi debere, intelligere facile possis fructus scilicet illius temporis quo matrimonium stetit. Stetit autem uno mense illius anni, cuius sunt fructus vindemiarum. Verum illi plane resistunt verba, *ut ex ea pecunia &c.* Nam sive verbo *confundi*, contributionem in unum intelligas, ut plerique, sive, ut Duarenus, per ea significari quod utrorumque ratio habeatur, quod eodem tendit; si *eam pecuniam* interpretaris quæ ex vindemiis & mercede redacta est, necesse est, neque verba aliud patiuntur, non totam pecuniam ex contributione illa utriusque generis fructuum, sive totorum utrorumque, sive partis utriusque sive ex uno genere totius ex altero partis) confectam, sed tertiam portionem illius redacti marito relinquere. Quare si congestos dicas, 2. aureos ut 12. partem vindemiarum, & 3. aureos ut 4. portionem mercedis, fiet ex ea pecunia id est 5. aureis tertia portio, id est 1. aureus & 2. tertiæ, viro obveniant. Quo nihil iniquius vel inæqualius. Quid igitur? Unius voculæ inobservata, obvia tamen, significatio tenebras hic interpretibus offudit, effecitque ut ceu in media nocte caligarent. Quas paucis, pro instituto, eruta illius vi, discutere enitar. *Confundi* dum scribit Papinianus fructus vindemiarum cum quarta portione mercedis, non congestionem utriusque generis fructuum in unum acervum innuit, in quo uno mirum quam DD. in reliqua fere discordes, conspirent. Sic certe nunquam congruum sensum elicies, quem verbis commode aptare possis. Sed compensationem induci vult, ut quando plus ex uno genere fructuum accepit maritus, tanto minus habeat ex altero; vel nihil potius ex hoc, si quod amplius debito ex illo perceptum est, portionem quæ ex bis debetur exsuperet, ut in specie d. §. nostri accidit. Qua ratione fiet ut ex ea pecunia vindemiarum percepta, tertia portio fructuum totius anni viro relinquatur. Paulo planius hæc exponam. Compensationi locus, ubi duo sibi mutuo debitores. Hic debent sibi invicem coniuges fructus utrinque, res compensationem recipientes. Maritus uxori quod ex fructibus vindemiarum amplius quam habere eum & retinere convenit, consequutus. Percepit enim eos integros naturaliter & de facto. Contra uxor debet marito quartam portionem mercedis instantis anni, quæ nondum exsoluta a conductore, ideoque nec dum percepta, quia dies locationis nondum exierat. Neque enim hæ pensiones menstruatim pendi solitæ, sed in urbanis elapso anno, in rusticis eo tempore quo fructus ex agro vineisve percepti, ut hic mense Octobri, vid *supra Lib.* 13. *C.* 8. *N.* 7. Inductæ compensationis hæc vis: Marito, per rationem iuris ex vindemiis duodecima tantum debetur, pro rata unius mensis ante locationem, & ex mercede quarta pro portione rata trium mensium, quoad post locationem stetit coniugium, ut coniunctim habeat tertiam partem fructuum anni, qui hic sunt duplicis generis Non ideo tamen 11. partes vindemiarum, quas totas naturaliter tenet, uxori restituit, contraque tantum ab ea repetit, quantum est in quarta parte mercedis, adhuc a conductore debitæ. Sed ita nititur ratio vitandi circuitus gratia ut maritus præter duodecimam vindemiarum, tantum insuper ex reliquis vindemiis retineat, quantum est in quarta parte mercedis nondum exsolutæ; compensatione facta, ne solvere cogatur quæ recepturus *L.* 3. *de comp.* neve uxor exigat quæ redditura Cui compensationi consequens rem exitum sortiri, ut fructuum totius anni tertia portio viro relinquatur,

fusionem quantum sumetur ex utroque? Quarta pars mercedis, inquit, ex eo anno, quo fundus locatus est. Recte quarta: nam & ex tempore locationis matrimonium stetit tantum quarta parte anni, nempe tribus mensibus. Quid de vindemiæ fructibus quantum sumetur? Non explicat Papinianus; tantum simpliciter dicit fructus hos confundendos cum quarta illa parte mercedis. Quid ergo an toti hi fructus cum quarta parte mercedis confundendi sunt, an vero pro modo unius mensis præcedentis anni, cuius illi fructus fuerunt, & quo tempore solo matrimonium stetit? Veteres ad unum quia verba generalia sunt, nec quidquam distinguit Papinianus, locum sic acceperunt, ut intelligerent totos vindemiæ fructus confundendos. Recte Duarenus sic accepit, ut confundi quidem debeant fructus vindemiæ, sed pro modo temporis, quo matrimonium stetit. Quam sententiam Papiniani esse ex reliqua eius disputatione liquido intelligitur: ubi sæpe inculcat non amplius ad maritum pertinere debere fructus, quam pro modo eorum mensium, quibus prædium dotale fuit. Ita cum præcedente anno, quo vindemia percepta est, matrimonium steterit uno tantum mense, quo eodem solo & prædium dotale fuit; non convenit sententiæ Papiniani aliud intelligi, quam ex fructibus eius anni partem unius mensis, i. e. duodecimam confundi debere cum quarta parte mercedis insequentis anni. Et vero cur in mercede sumamus tantum quartam partem mercedis, quia pro tempore locationis matrimonium steterit tantum quarta parte anni: in fructibus autem sumamus totos fructus, ubi constet matrimonium stetisse tantum uno mense? Cur non si totos fructus, etiam totam mercedem confundimus? Aut si partem mercedis tantum sumi placet, cur non & in fructibus vindemiæ confundendis idem servamus? Confundetur ergo duodecima pars vindemiæ cum quarta parte mercedis. Quibus confusis efficiatur illa pecunia, ex qua sumatur illa tertia portio novissimi anni, quam quærimus, quæ marito relinquatur. Hoc disseruit Duarenus *Lib.* I. *Disputat. Cap. ult.* pluribus ad *d. L. fructus*, §. *Papinianus*. Summa hæc est; cum primo aut novissimo anno non completo matrimonium solutum est, sic dividi debere fructus inter maritum & uxorem, ut maritus

tur, quæ sumitur non ex contributis utrisque vindemiis & locationis pensionibus, minus autem ex congestis illis integris & quarta parte mercedis, sed ex ea pecunia, scilicet vindemiarum sola quæ iam percepta, cum pensionis nomine necdum quidquam exactum fuerit. Atque hæc planissima ICti sententia. Ac licet mihi non ita blandiar ut applausum legentium ad meas ubique suspiciones mihi pollicerí ausim, vix tamen mihi tempero, quin hic *εὕρηκα* exclamem. Ausim equidem vel sacramento quinquagenario cum quovis, mihi litem hac de re facturo, contendere, veram me Papiniani assecutum sententiam. Cum nihil videam quid difficultatis residuum sit, nihil quod verbis sensum aptari hunc citra ullam duriorem contorsionem, impediat, nihil quod interpretationi obsistat, ac non vel maxime confirmet. Non nova hæc vocis *confundi* acceptio. Sic Ulp. *L.* 26 §. 4. *de cond. ind.* Non fit *confusio* partis rei cum pecunia, id est speciei cum quantitate recompensatio nulla. Nec aliena: Confusio namque quæ usitate ita dicitur aditione hereditatis contingens, perquam compensationi affinis, ut cognatarum vocum alteram in alterius significationem quandoque transire minime mirum sit. Hinc uti compensatio confusio *d. L.* 26. §. 4. *de cond. ind. & h.* §. nostro. Ita vicissim confusio, tacita vocatur pensatio *L.* 67. §. 3. *de leg.* 2. Et ut adeundo hereditatem quis intelligitur secum pensasse *L.* 33. *Sol. Matrim.* ita compensando debitor videtur debitum & creditum ita inter se confudisse ut iam neutrum appareat, vid. *infra Lib.* 16. *C.* 15. *initio*. Quamcunque hic ponas speciem, quamcunque mercedis locationis a valore fructuum discrepantiam rite hic sensus accommodabitur, quod in aliorum expositionibus longe secus accidit. Fingas ex vindemiis redigi posse 24. Debentur hic marito 5. 2. ex vindemiis. 3. ex mercede, quæ compensatione inducta habebit, uxori ex vindemiis restituendo 19. Pone converso casu, vindemias valere 12. mercedem esse 24. Debebuntur marito 7. ut 1. ex vindemiis, 6. ex mercede. Quæ itidem sibi integra ex vindemiis servabit, restituendo 5. Contra utrobique uxor deinde mercedem nihilo imminutam percipiet. Sint vindemiæ 18. merces 12. Debentur marito 4. cum dimidio. Restituet ex vindemiis 13. cum dimidio. Sint vindemiæ 12. merces 18. Debentur marito 5. cum dimidio. Restituet ex vindemiis 6. & dimidium. Et sic de similibus. Convenit apprime §. *sequens* 2. ubi itidem incidunt duo genera fructuum, sed species convertitur. Ut in §. nostro unum mensem ante locationem, tres post eam stetit matrimonium, ita in d. §. 2. quinque menses ante locationem, unum post eam. Ut *in* §. 1. vindemias maritus percepit: ita *in* §. 2. mulier. Ut *in* §. 1. vir ex vindemiis solis sibi servat, quantum ex utroque fructuum genere debetur, contra uxori obligatio mercedis tribuitur integra. Ita *in* §. 2. uxori vindemiæ manent integræ, contra viro ex mercede debita retentio tribuitur portionis pro modo temporis omnium mensium ut exinde servet quicquid sibi cum ex vindemiis pro 5. mensibus, tum ex mercede pro uno mense debetur. Ex. gr. Vindemiæ 24. merces 12. Debentur marito 11. Quare ex mercede repetit uxor 1. Contra merces 24. vindemiæ 12. Debentur marito 7. quibus ex mercede retentis uxori restituit 17. Et sic obiter interspersa *d.* §. 2. sententia, a qua longe abest Dethlev. Langebec *Annot. C.* 13. Denique contributionem realem & collitionem in unum acervum non significari in *d.* §. 1. per voculam *confundi* vel inde liquet, quia merces locationis nondum percepta ita contribui nequit. Realem dico. Nam compensatio contributio est, *L.* 1. *de compens.* non vera tamen & realis, sed legum fictione intellecta. Quo sensu *confundi* idem significare quod *contribui* largior. Sane nec crebro id vocis reperiri puto pro congestione in unum. Longe enim alius sensus, quando confusio dicitur efficere res communes §. 27. *I. de R. D.* Ubi res vel eiusdem generis vel diversi iunguntur, ita ut unum corpus ex utrisque conficiatur, nec confusarum specierum quævis per se maneat separata. Alias commistio appellatur §. 28. *I. d. t.* Atqui hic si in unum acervum congeras nummos ex vindemiis redactos, itemque alteros ex mercede perceptos, species nummorum manent separatæ, eaque commistio est non confusio, vid. *supra Lib.* 4. *C.* 22. Multoque magis, si, ut proponitur *in d. L.* 7. §. 1. (vindemiæ fructus ait Papinianus non vero nummos ex vindemiæ fructibus) ipsos fructus vindemiarum, ipsas nempe uvas, vinumve expressum coniungas cum mercede. Quis enim dicet ex his corpus unum constari aut confici. Quis igitur sic dicet confusionem proprie fieri. Quare si vel maxime aliena sit, ab usu vocis *confundi* proprio nostra acceptio, tamen cum propria plane non conveniat, aliaque omnino arripienda sit, utique ea potius, quæ & ex aliis LL. comprobatur & ad difficultates vexatissimi §. eximendas expeditior.

tus pro modo quidem totius eius temporis fructus ferat, quo mulier in matrimonio fuit, & prædium fuit dotale; sed nihil amplius quam pro modo eius temporis, sive unum genus fructuum in id tempus incurrerit, sive plura, ut hoc posterius in superiore specie contigit.

XVIII. Illud in hac divisione monendi sumus, non statim ea corpora quæ per se sunt in fructu etiam solida, ita hic in fructu habenda esse. Necesse est enim eorum fructuum quærendorum caussa aliquas impensas fieri vel a muliere ante quam fundum det in dotem, vel a marito postquam ei fundus in dotem datus est. His impensis ab altero, vel ab utroque intervenientibus hæc de fructibus dividendis definitio est, fructus eos esse, 5 qui deducta impensa superfunt. Quo significatur, si quid alteruter coniugum impenderit fructuum quærendorum caussa, non omnia ea quæ ex fundo percepta sunt, quanquam per se sunt in fructu, dividenda esse inter coniuges, sed prius deduci debere ex fructibus impensas quæ præstentur ei, qui impendit. Si quid superfit, id demum fructum esse, quem dividendum esse dicimus. Hæc in *d. L. fructus*, in princ. *D. sol. matrim.*

XIX. Quæ cum ita sint, apparet iam ex his, qui fructus ad maritum non pertineant. Eos autem esse qui percepti sunt ante, quam nuptiæ contractæ essent. Item qui soluto matrimonio nati sunt. Postremo & qui constante matrimonio nati, aut percepti sunt pro ea parte, qua matrimonium non stetit, aut prædium dotale non fuit. Hi autem sunt, de quibus supra propositum erat, ut diceremus eos mariti non esse. Et de his ipsis ut ad dotem pertinentibus restituendis traditum his locis. *L. si ante*, 6. in fin. *D. sol. matrim. L. unica*, §. *exactio*, *C. de rei ux. act. L. dotis*, 7. *D. de iur. dot.*

XX. Illud ad extremum adiiciendum est, in his omnibus, quæ soluto matrimonio restitui debere diximus, non solum ea numeranda esse, quæ ad maritum pervenerunt, sed etiam quæ pervenire potuerunt, & dolo malo eius aut culpa factum est, quominus pervenirent. *L. ult. D. sol. mat.* Idque ex eo est, quod maritum placet in rebus dotalibus dolum & culpam præstare debere, ut mox dicetur. Sed etsi quid nondum pervenerit, futurum tamen sit, ut perveniat, cavere debet maritus eo nomine, se quod consecutus erit, restituturum. *L. si constante*, 22. §. *si vir. L. si filiofamilias*, 25. §. *ult. D. sol. matrim.*

XXI. Cognitis his, quæ rebus pondere, numero, mensura non constantibus, & nec æstimatis in dotem datis, debentur a marito, & in restitutionem dotis veniunt: sequens quæstio est, quandiu debeantur, ut perseveret repetitio. In quo ne longiores simus, præter quam quod proprium est huius loci, de eo ex præceptis communibus liberationum iudicandum est. Nisi quod hic quædam exceptio est, qua ab his regulis communibus disceditur; quæ vel sola cogat nos hanc partem hoc loco attingere.

XXII. Videndum est igitur, quæ species certa debebatur, si perierit, deteriorve facta sit, casu id contigerit, an mariti culpa.

XXIII. Si casu, utemur certi iuris regula, debitorem interitu rei debitæ liberari, quod quidem sine mora, & alia culpa eius contigerit. *L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl. L. quod te*, 5. *D. si cert. pet.* Et quæ altera regula est, aliis verbis idem exprimens, Casus fortuitos nullo iudicio præstari. *L. quæ fortuitis*, *C. de pignor. act. L. contractus*, *D. de reg. iur.* Idque est, quod de hoc genere rerum traditur in huiusmodi rebus ut commodum ad mulierem, quod ex superioribus intellectum est, ita periculum & damnum pertinere; & quod idem est, has res & meliores & deteriores mulieri fieri. *L. plerumque*, 10. in princip. & §. 1. *D. de iur. dot. L. pen.* §. *mancipia*, *D. sol. matrim. L. unica*, §. *cumque*. *C. de rei ux. act.* Sed hic semper excipimus mariti ut & cuiusvis alterius debitoris moram & culpam. De mora generaliter traditum, moram debitoris, quam in re debita solvenda fecerit, perpetuat obligationem. *L. si servum*, 91. §. *sequitur*. *L. nemo rem* 2. *L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* Hoc & in specie dotis servatur. *L. si filiofamilias*, 25. §. *si post*, *D. sol. matrim.* Tradita & illa generaliter, eum qui semel moram fecit, postea offerentem quod debuit, purgare moram, & deinceps in ea re solum dolum præstare, *d. L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. obl. L. illud*, *D. de per. & com. rei vend.* Quæ & ipsa in mariti persona obser-

5) Ubi vid. Zas. *n.* 5. *& seqq.* Atque hæc civilis est fructuum acceptio, vid. Copus *Lib.* 1. *de Fruct. Tit.* 1. C. 6. Fit & æstimatio laboris in fructibus colligendis & in ipsius rei cura ac administratione impensi per C. *ad nostram pen. de reb. Eccl. non al.* Covar. 1. *Var. Resol.* 3. *n.* 3.

ſervari legimus. *L. ſemel*, 26. *L. ſi mora*, 9. *D. ſol. matrim.* Ita hactenus in dote cum aliis liberationibus omnia communia. Quæ ideo ex præceptis de hoc genere communibus meliûs petentur.

XXIV. In culpa ius nonnihil diſcrepat. Nam in cæteris contractibus, in quibus utriuſque dantis ſcilicet & accipientis utilitas verſatur, is qui tenetur de re reſtituenda non ſolum dolum & culpam præſtat, ſed & diligentiam, non ſolum qualem ſuis rebus adhibere conſuevit ſi forte in ſuis rebus fuit negligentior, aut parum induſtrius: ſed qualem diligens pater familias ſolet in ſuis rebus præſtare. Exemplo eſt creditor in pignore, a quo hæc omnia exiguntur: tantum ideo, quod in pignore non ſolius debitoris utilitas verſatur, qui propter pignus datum pecuniam accipit: ſed etiam creditoris, cui pignore magis cavetur. *L. ſi cum venderet*, 13. *§. ult. L. ea quæ, ſeq. D. de pigner. act.* Diverſum in dote. Nam cum in hac itidem utriuſque utilitas verſetur, mariti fructus inde percipientis, & uxoris, cuius onera in matrimonio propter dotem ſuſtinentur: tamen ita placet, in rebus dotalibus præſtare debere dolum quidem & culpam ſimiliter ut cæteros debitores: *L. etiam*, 18. *§.* 1. *L. pen.* in pr. *D. ſol. matrim.* At diligentiam non maiorem præſtare, quam ſuis rebus exhibet. *L. in rebus*, 17. *D. de iur. dot.* Quod quid ſit, dicetur alias in præceptis communibus ad liberationes pertinentibus. Nunc hoc quæremus, cur hæc in dote obſervetur diſſimiliter in re maxime favorabili, atque in pignore & ſimilibus cauſſis. Et id cauſſæ eſt, quod de dote agitur inter ſocios, & ſocios arctiſſima ſocietate coniunctos, ut ſuo loco docuimus. Societati in univerſum hoc tributum, ut dum ſocius ſocio culpam ſuam, id eſt factum ſuum, ſeu culpam quæ in faciendo ſit, præſtet, non maior diligentia ab eo exigatur, quam quantum ſuis rebus ſolet adhibere. Idque ideo, quod ſocius ſocium iudicio talem eligit, qualis eſt, eligendo probat, *§. ult. Inſt. de ſoc.*

XXV. Harum rerum obtinendarum cauſſa ſuæ actiones propoſitæ ſunt & extraneo, & mulieri. De quibus reliquum eſt, ut cognoſcamus. Et extraneo, qui in dote danda pacto actionem dotis in ſuam perſonam tranſtulit, diximus actionem eſſe ex ſtipulatu, ſi ſit ſtipulatus dotem ſibi reddi; ſine ſtipulatione autem actionem perſcriptis verbis. *L. unica*, *§. accedit*, *de rei ux. act.* Hæ in perſona extranei quanvis ad dotis repetitionem competant: tamen nihil proprium habent, quod agenti præter cæteras cauſſas tribuant. Nam quæ beneficia data ſunt ſive mulieri, ſive marito in exactione dotis, de quibus mox, hæc certarum perſonarum cauſſa comparata ſunt. *L. unica*, *§. & ut plenius*, 2. *C. de rei ux. act. L.* 1. *D. ſol. matr.* Ideo perſonam non egrediuntur. *§. fuerat*, in fin. *D. de act. L. in omnibus cauſſis id obſervatur*, *D. de reg. iur.*

XXVI. Mulieri autem, quibus in cauſſis dos & dotis actio eius eſt, ad dotem & ſuperiora commoda obtinenda tres ſunt proditæ actiones. Actio in perſonam adverſus maritum & heredes eius; Actio hypothecaria de rebus mariti omnibus adverſus quoſcumque earum rerum poſſeſſores; & Actio in rem de rebus dotalibus, quæ ſunt mulieris.

XXVII. Primum huic data eſt actio in perſonam. Si quidem res æſtimatæ in dotem datæ ſunt, eſt communis actio ex vendito. *L. cum dotem*, *C. de iur. dot.* Si aliter datæ ſunt, quæcumque hæ res fuerint, fuit olim actio rei uxoriæ. Hodie hac ſublata ex conſtitutione Iuſtiniani eſt actio [6] ex ſtipulatu, sive ſtipulata ſit mulier re vera dotem ſibi reddi, ſive non ſit: ut hic ubi non intervenit ſtipulatio, tamen interveniſſe fingatur. *d. L. unica*, *§.* 1. *C. de rei ux. act. §. fuerat*, *Inſt. de act.* Quam actionem ideo Iuſtiniano inducere viſum eſt, quod multa haberet iam olim quibus plenius conſuleretur mulieri, cui plene proſpicere Iuſtiniani conſilium fuit, ut ipſe teſtatur in *eadem L. d. §. & ut plenius*, & *§. primum itaque*.

XXVIII. Actioni iſti pro commodo mulieris tributa hæc ſunt duo, natura bonæ fidei actionis, & privilegium præ cæteris exigendi. Primum actio ex ſtipulatu cæteris in cauſſis omnibus ſtricti iuris eſt. *L.* 5. in fin. *L. alias*, *ſeq. D. de in lit. iur.* In hac reſtitutione cavit Iuſtinianus, ut eſſet bonæ fidei non aliter, quam olim fuit actio rei uxoriæ. *d. L. unica*, *§. ſed etsi*, *de rei ux. act. d. §. fuerat*. Hoc eam vim habet, ut quæ tribui legimus iudi-

6) Omni iure illius, in hanc translato *d. §.* 29. vid. Don. *ad d. §.* 29. Guib. *de Dotib. C.* 6. *n.* 11. *&* 2. *ſeqq.* Ræv. *de Ant. Prud. C.* 4. qui vult actionem rei uxoriæ aliam olim fuiſſe a dotis actione ſpecialem. Hac quidem ea tantum, quæ tabulis dotalibus contenta, petita fuiſſe ex fide bona *L.* 21. *in fin. Sol. Matr.* illa vero generaliori res omnes uxoriæ, etiam parapherna, patrimonium & peculium earum, illique adiecta verba ſolemnia quantum æquius melius &c.

iudiciis bonæ fidei, eadem in hac actione mulieri tributa intelligamus. Quæ hæc sint, exposuimus ad §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Exempli caussa licet ex his in hac specie duo animadvertere, usurarum accessionem, & iusiurandum in litem. De usuris ita cavit Iustinianus, ut si pecunia dotis nomine debeatur a marito, & in ea solvenda moram fecerit, exinde incipiat eius pecuniæ debere usuras, quas ille vult in hac specie 7 deberi usque ad tertiam partem centesimæ. Ut sint usuræ, quæ dicuntur trientes, *d. L. unica*, §. *exactio*, *de rei uxor. act.* Est autem centesima usura duodecim aureorum in singulos centenos aureos annuos, proinde triens usura, seu tertia pars centesimæ, quatuor aureorum in singulos centenos aureos annuos. Beneficium non aliunde, quam quod hanc actionem bonæ fidei esse placuit, quod & Iustinianus testatur ibidem, qui has usuras præstari iubet ex bona fide introducendas. Recte ex bona fide. Est enim hoc proprium actionum bonæ fidei, ut in his usuræ ex mora debeantur. *L. mora*, 32. §. *in bonæ*, *D. de usur.* Ex hoc iure est etiam, quod placet, ut si maritus dolo faciat, feceritve, quominus res dotales restituat, tanti damnetur, quanti mulier in litem iuraverit. *L. si filiofamilias*, 25. §. 1. *D. sol. matrim.* Nam & hoc bonæ fidei iudiciis datum, ut in his iuretur in litem, si de re nostra aut ad ius nostrum pertinente restituenda agatur. *L.* 5. *L. tutor*, *D. de in lit. iur.* Hæc eadem actio privilegium habet, ut mulier cæteris omnibus creditoribus quanvis privilegiariis præferatur in dote exigenda. *L. si cum dotem*, 22. §. *ult. D. sol. matrim. L. quæsitum*, §. *ult.* & *LL. seqq. D. de reb. auct. iud. poss.*

XXIX. Sed ne magnopere urgeamus hoc privilegium, est, quod multo plenius & uberius mulieri ad repetitionem dotis tributum sit. Data est enim ei tacita hypotheca in rebus omnibus mariti. *L. unica*, §. *& ut plenius*, *C. de de rei ux. act.* Atque hinc hypothecaria actio. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* cuius beneficio consequitur, ut aliis creditoribus omnibus præferatur, non solum privilegiariis, sed etiam hypothecam habentibus; olim quidem his solum, qui tempore posteriores essent: *L. dotis*, *C. de iur. dot.* hodie ex constitutione Iustiniani etiam in hypotheca tempore prioribus. *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Quod sic accipiendum est, dum priores 8 similem hypothecam habeant, nempe privilegio iuris constitutam, non vigilantia & conventione creditorum partam: ut fuse disseruimus ad eam *L. ult.*

XXX. Quæ privilegia cum postremo isto excepto iam olim omnia mulieri constituta essent ad repetitionem dotis: nempe locum fecerunt illi definitioni Pomponii, quæ exstat in *L.* 1. *D. sol. matrim.* *Dotis caussa*, inquit, 9 *semper & ubique præcipua est.* Est autem hæc sententia. Dotis caussa idest caussa & lis, in qua de dote recuperanda agitur. Præcipua est, id est, est ea conditione, ut mulier in dote cæteris omnibus creditoribus, qui utuntur eodem beneficio iuris, sit potior, quo eam ante omnes præcipiat. Id enim nostris præcipere, & præcipuum significat. *L. si filia nupta*, §. 1. & seq. *L. Pomponius Philadelphus*, *D. famil. erc.* Semper, idest quocumque tempore de dote restituenda agetur, sive agetur soluto matrimonio, sive constante, ut interdum constante matrimonio agi diximus. Ubique, idest in omnibus caussis. Quæcumque a cæteris creditoribus mulieri opponentur: ut scilicet sine discrimine earum caussarum mulier omnibus aliis creditoribus præferatur. Nam quod dicitur in *L. pen. D. de relig. & sumpt. fun.* impensam funeris præcedere omne creditum; non eam significationem habet, ut ea impensa etiam præcedat exactionem dotis. Sane enim impensa funeris præcedit omne creditum: sed quatenus in eo nihil amplius est, quam creditum: ubi scilicet nihil aliud adfert creditor ad persecutionem iuris sui, quam ut dicat se pecuniam credidisse, sibi pecuniam iure deberi. Quod si quid amplius sit in credito quam creditum; puta privilegium aut hypotheca, si his utatur creditor, non est superior sententia impedimento, quominus illa impensæ funeris recte præferantur. Non enim tum dicitur impensa funeris præcedi ab alio credito, sed ab alio eius crediti privilegio, aliave hypotheca.

XXXI. Illud in his actionibus monendi sumus, quemadmodum his ita consulitur mulieri, ut supra diximus; ita vicissim hoc beneficium datum marito, ut his conventus nomine dotis, condemnetur solum, quatenus facere potest. *L. maritum*

7) Etiam ab heredibus viri in restituendo morosis, vid. Pachin. 2. *Cont.* 101. *&* 10. *Controv.* 7. Sed num & actio bonæ fidei est ex parte viri? Negat Cuiac. *Cons.* 16.

8) De quo ancipites DD. concertationes, vid. Don. noster *ad L. ult. C. Qui pot. in pig.* & *Tr. de Pign. C.* 14. *cir. fin.* ubi forte dicam.

9) Nec *in d. L.* 1. verba *semper & ubique* a Triboniano adiecta, ceu sentit Hotom. 8. *Obs.* 16.

tum, 12. *D. sol. matrim.* §. *item si de dote*, *Inst. de act.* De quo beneficio multa a veteribus relata scio sub *Titulo D. sol. matrim.* Sed cum sit beneficium cum multis aliis commune, quod & ipsum communibus præceptis contineatur, pertineat autem ad res iudicatas: visum est omnem hanc tractationem in eum locum reiicere, ubi in commune explicetur.

XXXII. Est & mulieri de re dotali in rem actio. Cui tunc locus est, cum res certas, quæ eædem reddi deberent, mulier in dotem dedit. Sic enim res vere dotales fiunt. Dotalium rerum ita maritus dominus fit constante matrimonio, ut tamen naturaliter, idest revera, intelligantur perpetuo mansisse in uxoris dominio, ut est in *L. in rebus*, *C. de iur. dot.* Qua de caussa & vindicare eas potest ut suas, soluto matrimonio. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Quandiu vero mulieri hac actione in rem experiri liceat, ea uti maxime consultum est præter cæteras. Habet enim commoda duo, quibus superiores carent. Nam primum mulier de dote agens ut de re sibi debita, id est actione in personam, aut pignora persequens tanquam pro dote quæ sibi debetur, obligata, [10] præfertur quidem omnibus creditoribus tempore posterioribus, præfertur & anterioribus; sed his solum, qui hypothecam beneficio iuris similiter habeant: non item iis, qui habent hypothecam cautione sua prius partam, ut ante dixi. In rebus autem ipsis dotalibus vindicandis ita Iustiniani constitutio est, mulierem soluto matrimonio omnem habere prærogativam, & neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem caussam in his per hypotecam vindicare. His enim verbis ille utitur in *d. L. in rebus*, *C. de iur. dot.* ut intelligamus, ne eos quidem creditores, qui ante constitutionem dotis bona mariti quanvis aperta conventione sibi obligata habent, mulieri in rebus dotalibus vindicandis præferri. Et recte. Illi enim ut sibi obligatas vindicant; mulier ut suas. Quinimmo ne obligatas quidem sibi res dotales illi persequuntur, quoniam maritus eas pignori obligare non potuit, ut quæ non essent eius, sed mulieris. *L. quanvis*, 75. *D. de iur. dot.* Hoc amplius & in his cessat beneficium mariti, quo illi tribuitur, ne damnetur ultra quam facere potest. Hoc enim beneficio tribuitur marito, ne extorqueantur illi de bonis, quod habet, hactenus ne egeat: non etiam ut si quid habet alieni, id retineat, & de eo alatur *L. in condemnatione*, *D. de reg. iur.* Beneficium hoc est sublevandi debitoris caussa comparatum, non etiam ut lucrum ex alieno faciat. Denique ut nihil aliud, certe beneficium est. Nunquam autem beneficia in alterius iniuriam concedi solent. *L. nec avus*, *C. de emancipat.*

10) Vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *seqq. n.* 41. *& seqq.*

CAP. VIII.

An quid vice mutua præstandum sit marito ex caussa dotis; & si quid, quæ obtinendi ratio. Tum de impensis in rem dotalem factis.

An aliquid marito debeatur ex caussa dotis a muliere; & an illud actione petatur. I.

Fructus dotis, & impensas in rem dotalem factas marito deberi. II.

Fructus quando marito debeantur; & qua petantur actione. III.

Impensarum quæstio triplex. 1. *Quotuplex earum genus*. IV.

2. *An impensas necessarias recuperet maritus, an compenset cum fructibus*. V.

Item an voluptarias. Quando utiles: & quas necessarias impensas recipiat. VI.

3. *Quæ impensas consequendi ratio iure veteri*. VII.

Quæ rursus Iustinianeo iure. VIII.

Impensas recipit maritus etiam futuras; & quomodo. IX.

I. Atque hæc sunt, quæ ex obligatione dotis datæ mulieri præstanda sunt. Quid marito, nihilne ex hoc negotio debetur, quod ei ex contrario a muliere præstandum sit, similiter ut illis contractibus, qui re fiunt, commodato, deposito, pignore, in quibus etiam ei, qui rem restituendam accepit, contraria actio est? Sane vero & in hac obligatione quædam marito debentur: sed non sunt eiusmodi, ut aut peti possint, aut si petuntur, petantur actione huius negotii pro-

propria. Quia tamen est aliquid, quod vicissim ei præstandum sit, de eo breviter subiiciemus.

II. Duo sunt, quæ marito ex caussa dotis deberi possint: fructus dotis, & impensæ in res dotales ab eo factæ.

III. Fructus dotis debentur marito, si his pendentibus & nondum perceptis matrimonium solutum sit. Nam cum hi dividi debeant inter maritum & uxorem, aut si uno anno integro matrimonium steterit, in solidum ei assignari, & tamen nunc non sint a solo separati, ut ei præstari possint, necesse est eos aut ei perire restituto prædio dotali, aut in futurum deberi. Et vero debentur, cum maritus prædium dotale restituerit. Sed ita hi peti possunt, si maritus sibi caverit a muliere in dote reddenda, ut cum fructus percepti erunt, pro modo debito sibi reddantur. *L. fructus*, 7. §. *interdum sol. matrim.* Quod nisi fit, nulla marito de his fructibus repetitio est, quia mulier rem suam recepit. *L. si quis sciens, C. de rei vind* Sin sibi cavit, est quidem repetitio; sed ex recenti eius cautione, non actione acceptæ dotis propria. Itaque aut ex stipulatu aget, si stipulatus sit fructus sibi reddi: aut nulla stipulatione interposita, præscriptis verbis. Fecit enim, id est restituit dotem ea lege, ut mulier vicissim fructus redderet. Quod pactum non est nudum. Unde & iure civili obligationem parit. Atque hinc præscriptis verbis actio. *L. legem, C. de pact.*

IV. De impensis in rem dotalem factis tria quæruntur. Primum quæ harum genera sint. Tum quas ex his marito consequi liceat, aut non liceat. Postremo si quas consequi licet, quomodo maritus consequatur. De quibus quid iuris sit, dicam breviter, sententiam maxime explicans eius Tituli *digestorum*, qui est *de impensis in res dotales factis*. Et impensæ aut necessariæ sunt, aut utiles, aut voluptariæ. *L.* 1. *D. de imp. in res dot. fact.* Necessariæ defcribuntur pluribus in *L.* 1. 2. 3. 4. *D. eod.* Utiles in *L.* 5. §. *ult. L. ult. L.* 6. *eod.* Voluptariæ in *L.* 7. *eod* Uno autem in loco hæc genera explicantur, in *L. impensæ, D. de verb. signif.*

V. Iam ex his quædam sunt, quas consequi non potest a muliere maritus: quædam, quas potest. Has non potest. Primum necessarias, tam quæ fiunt fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorum caussa; quam quæ alias fiunt temporis caussa, ut re frui liceat. Puta quæ ad necessariam rei tutelam pertinent, ut quæ sunt ad sarta tecta tuenda, ad alendos servos dotales, ad pascenda pecora; ad modicam eorum curationem. Quæ ad fructum præsentis anni pertinent, hæ sumuntur deducunturque ex [1] fructibus. *L. fructus*, 7. §. *ult. D. sol. matrim. L.* 3. *D. de imp. in rem dot. fact.* Ut si quidem maritus fructum totum anni retinet, nihil istarum impensarum nomine repetat a muliere, sed eas compenset cum fructibus. *d. L. fructus*, 7. §. *ult. sol. matrim. d. L.* 3. *D. de imp. in rem dot. fact.* Sin fructus dividendi sunt inter coniuges, sic instituatur hæc divisio, ut maritus, quod impendit, prius deducat de universa summa fructuum, sic deinde reliquum inter ipsos dividatur. *d. L. fructus*, 7. in pr. *sol. matrim.* Reliquæ superiores impensæ, quas ad necessariam tutelam rei pertinere diximus, in ea caussa sunt, ut eas maritus suo sumptu facere debeat. Res enim dotales tueri debet suo sumptu, cum ex his fructum capiat. Unde evenit, ut si has impensas non recuperat maritus, ideo nihil habeat, quod queratur, quia non tam has non fecisse videatur, quam his deductis minus fructuum percepisse. Hæc *L. pen.* & *L. ult. D. de imp. in res dot. fact.*

VI. Proximum locum obtinent impensæ voluptariæ, quæ si separationem non recipiunt, nullo modo deduci possunt. Si recipiunt, nihil tamen earum nomine maritus amplius consequi potest, quam ut sibi fiat potestas ea tollendi, quæ posuit. *L. pro voluptariis*, 9. *D. de impen.* Ne utiles quidem omnino consequi posse maritum placet, si eas voluntate mulieris non fecit, & non habet mulier, unde eas solvere possit, nisi cogatur rem suam vendere. Quam ad rem eam cogi iniquum est. *L. utilium*, 8. *D. eod.* Ex quibus iam intelligitur ex contrario, quas impensas ex his possit maritus consequi: Potest scilicet reliquas necessarias, quæ nimirum fiunt ad perpetuam rei, vel certe non præsentis anni utilitatem. *L.* 3. *D. de impen.* Potest utiles, quæ aut voluntate mulieris factæ sint, aut quas facile ferre possit mulier aliunde, ut non propterea habeat necesse rem suam vendere, quo ex pretio his impensis satisfaciat. *d. L. utilium*, 8. *de impen.* De voluptariis autem tantum maritus consequi potest, quantum sine damno rei dotalis potest ex his quæ posuit,

[1]) Quid si plus sumptuum collatum, quam fructuum obvenit ex insolita sterilitate, num ex seq. anni quo diremptum matrimonium est redditibus, quod ultra erogatum est, sarcietur, vid. Vaud. 2. Q. 22.

fuit, deducere. *d. L. pro voluptariis*, 9. *eod.*

VII. Quod reliquum est harum impensarum ita consequendarum ratio olim in deductione fuit, id est in retentione rei dotalis, donec hæ impensæ a muliere repensæ essent. *d. L. utilium*, *d. L. pro voluptariis*, *eod.* Hoc amplius fuit in necessariis impensis, quod placebat eas dotem minuere, dotem, inquam, non corpora dotalium rerum: hoc sensu ut si res tantum in dotem datæ essent non æstimatæ, nulla hic fieret corporum dotalium imminutio, sed ut fit in cæteris impensis, maneret tantum maritus in rerum detentione donec ei satisfieret: sin pecunia in dotem data esset una cum fundo, aut fundus in dotem æstimatus, quem marito liceret restituere, aut æstimationem, ut in specie *L. plerumque*, *§. ult. D. de iur. dot.* hic [2] ipso iure fieret deminutio per compensationem, usque adeo ut si postea mulier necessariis impensis satisfaceret, videretur non dos eadem mansisse, quæ prius erat; sed dos quæ vere erat imminuta, crevisse, ut nova esse inciperet. Hæc sententia *L. quod dicitur*, 5. *D. de imp. in res dot. fact.* Tribuebatur hoc etiam his impensis, ut quo casu dotem ita imminuebant, ut dixi, si dos tota soluta esset non habita ratione impensarum, posset tamen maritus condicere id quod pro impensis necessariis compensari solebat. *d. L. quod dicitur*, 5. *§.* 1. Non abs re; quia maritus hic non restituisset rem, quæ fuisset mulieris, cum impensam fecit, sed quæ fuisset eius, qui fecit.

VIII. Hodie omnis retentio dotis cum ob alias quasvis causas, tum etiam ob impensas necessarias, & utiles in res dotales factas sublata est constitutione Iustiniani. *L. unica*, *§. taceat*, *C. de rei ux. act.* Et ne forte hæ perirent marito, si his non deductis res dotales mulieri restitueret, ut pereunt alias, cum possessor non deductis impensis a se factis fundum restituit. *L. si in area*, *D. de cond. indebit. L. sumptus*, *D. de rei vindicat.* Iustinianus ibidem ad eas impensas persequendas actionem dedit, aut potius ex ratione iuris communis idoneam actionem esse putavit; quam & dari ei voluit, si quidem impensæ voluntate mulieris factæ essent, *mandati*; si voluntas mulieris non interveniat, *negotiorum gestorum*. In voluptariis impensis, quia nulla actio iure daretur ad eas exigendas, certe non superiores; ideo ad operis facti detractionem veterem retentionem reliquit. *d. §. taceat*, in fin. Sed retentionem dotis sustulit Iustinianus, compensationem impensarum cum pecunia, quæ dotis nomine debebatur, eo loco [3] non sustulit.

IX. Veniunt autem in æstimationem impensæ mariti non tantum præteritæ, sed etiam futuræ. Quid enim, si maritus in plures annos fundum dotalem locaverit, & eo tempore non impleto matrimonium erit dissolutum, ut periculum sit, ut ne mulier iure suo usa colonum eiiciat, unde & maritus locator hoc damnum ei præstare cogatur? Quid, si damni infecti caverit ob ædes ruinosas, unde damno emergente & hoc ex stipulatione præstare debeat? Recte faciet mulier si illarum rerum nomine caveat marito, quo ei periculum omne futuri damni amoveat. Et in hanc rem placebat olim dotis retentionem esse marito, donec mulier ita cavisset. *L. si filiofamilias*, 25. *§. ult. L. cum mulier*, 55. *D. solut. matrim.* Hodie ex constitutione Iustiniani superiore denegabimus marito retentionem; damno ingruente actionem dabimus unam ex iis, quas supra diximus.

2) Vid. *L. dote 61. de ri. nupt. L. 56. §. ult. de I. dot.* Quod si tantum per partes impensum quanti totus fundus est, & intra annum impensæ non oblatæ, fundus dotalis esse desinit ex Scævolæ sententia, *d. §. ult.* Et sic impensæ quodammodo perimunt corpus dotale, licet non minuant, ut non æque pars fundi desinat esse dotalis, si partem æquent, quia hic interest mulieris partem eam potius retinere quam æstimationem ob communionis incommodum. Ant. Fab. 1. *Conject.* 2. ubi & *in d. L.* 5. gemina correctione verbis *ipso iure* quæ bis leguntur, sede motis, reponit *ipsa in re*. Cujac. quoque 23. *Obs.* 12. Tribonianum duplicis corruptionis in d. *L.* 56. *§. ult.* arguit. Vid. & de impensis Vaud. 2. *Q.* 22. Nic. Sudor. *Lib.* 2. *Disp. civil. p.* 194. & seqq. usque ad fin.

3) *L.* 5. *C. de compens.* ubi Don. *n.* 4. *&* 5. Zas. ad *L.* 7. *§.* 5. *Sol. Matr. n.* 8. Pac. 5. *Q.* 60. diff. Ant. Guib. *de Distb. C.* 7. *n.* 16. &c. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 37.

C A P. IX.

De donatione propter nuptias, Quid sit; Quid tribuat mulieri tum in dominio rei, tum in fructibus: De eius æqualitate cum dote: Et quæ hinc obligatio ad restitutionem.

Donatio propter nuptias doti maxime affinis. Quid illa. I.
Similitudo & affinitas quibus in rebus cernatur. II. III. IV. V. VI.
Quare a Iustiniano dicta donatio propter nuptias. V.
Idem dominii ius in donatione propter nuptias habere uxorem, quod habet in dote maritus. VI.
Contrariis occurritur. VII.
Donationem propter nuptias uxoris remunerandæ gratia dumtaxat licere. VIII.
An liberum fuerit marito donare propter nuptias infra dotis quantitatem. IX.
Quid novi Iustiniano placuerit. Hac ex parte novella 97. *moribus abrogata*. X.
Summa iuris de repetitione donationis propter nuptias constituti. XI.

I. DOtis mutuæ species quædam est, [1] donatio propter nuptias. Sic enim de ea scribit Iustinianus, nomine & substantia rei nihil distare a dote ante nuptias donationem. *L. ult.* vers. *si igitur & nomine, C. de don. ant. nupt.* Merito igitur & hanc doti subiicimus, ponimusque huius restituendæ obligationem inter eas, quæ re contrahuntur. Quod & ex definitione certius intelligetur. Est autem donatio propter nuptias, qua res nomine mariti datur uxori propter nuptias, ut dum nuptiæ stabunt, fiat uxoris eodem iure, [2] quo dos apud maritum esse solet, dotis remunerandæ gratia. Quæ definitio quid contineat, cognoscamus.

II. Et liceat in ea easdem partes agnoscere, quas in definitione dotis attigimus, rem, dationem, personas dantis & accipientis, finem dandi. In hac donatione dicitur esse res quævis generaliter, ut quemadmodum res omnes dotem recipiunt, sic intelligamus omnes recipere donationem propter nuptias, quod congruit cum superiore dicto Iustiniani, qui utriusque generis eandem substantiam esse ait.

III. Atque hæc res est, non de qua convenit, ut detur, sed similiter ut in dote res quæ datur mulieri; quod donationis verbum satis indicat, cum dicatur donatio esse doni datio. *L. senatus, §. 1. D. de mort. caus. donat.* Ex quo intelligimus, hic quoque obligationem restituendæ donationis propter nuptias re contrahi, ubi ea ex re tradita initium sumat, non ex sola conventione.

IV. Transigitur hæc datio inter easdem personas, inter quas dotis datio, nempe inter maritum & uxorem. Solum hoc interest, quod dos a muliere aut ab alio nomine mulieris proficiscitur in maritum. Donatio propter nuptias proficiscitur a marito aut ab alio eius nomine in uxorem. Nam ne in hac quidem donatione quidquam interest, utrum det maritus, an alius quivis pro eo. *L. ex morte*, vers. *eadem, C. de pact. convent. L. ult.* vers. *quare, C. de donat. ant. nupt.*

V. Finis dandi hæc continet. Datur hic res propter nuptias similiter ut dos, *d. L. ult.* vers. *quare, C. de don. ant. nupt.* Quo admonemur, quemadmodum dos sine matrimonio esse non potest, *L. 3. D. de iur. dot.* ita nec donationem propter nuptias. *d. L. ult. C. eod.* Hinc evenire, ut, si quid donetur propter nuptias uxori futuræ, nulla sit donatio, nuptiis non secutis. Et rursum ut dissoluto matrimonio donatio esse desinat, quemadmodum in dote fieri diximus. Notandum, dici donationem non ante nuptias, ut olim, sed propter nuptias ex re, quam apertius Iustinianus induxit. Cavit enim, ut

1) Contractus vocatur *Nov.* 119. *C.* 1. *Pr.* de qua vid. Cuiac. *in Nov* 22. *p.* 138. *& seq. & in d. Nov.* 119 *&* 5. *Obs.* 4 Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *seqq. n.* 9. *& seqq.* A. Gab. *de Matrim. C de Donat. propt. nupt. ult.* Sc. Gentil. *Lib.* 4. *de Don int. vir. C.* 16 ubi eam ab impetitionibus Hotomanni tuetur. Est alia sponsalitiæ donationis species sponsi in sponsam, vel huius in illum solius amoris vel liberalitatis gratia, de qua *in L.* 1. *in fin. de Don. L.* 25. *Depos. L.* 1. *C. Si adv. don.* cuius quintuplex differentia ab hac sponsalitia largitate (sic vocatur *L.* 4. *C. de sec. nupt. Nov.* 119.) refert Hot. *in §.* 3. *I. de Don.* vid P Greg. 8. *Synt.* 7. 14. & *seqq.*

2) Et Cuiac. 5. *Obs.* 4. ubi tradit, quibus ex casibus, si in persona mariti contingant, is dotem lucratur: iisdem si in persona uxoris, eam donationem propter nuptias consequi. Quibus cum dote conveniat, & in quibus differat Gomez. *d. loc. n.* 10. *&* 11.

ut quemadmodum dotem dare etiam constante matrimonio mulieri conceditur, ita liceat & marito constante matrimonio donare propter nuptias. *d. L. ult.* in pr. *C. de don. ant. nupt.* Absurdum sit autem eam donationem, quæ fit constante matrimonio appellare donationem ante nuptias. Quæ caussa fuit Iustiniano vetus verbum emendandi, *d. L. ult. C. de don. ant. nupt.* §. *est & aliud. Inst. de donat.*

VI. Datur autem res, ut dum nuptiæ stabunt, fiat mulieris eodem iure, quo dos apud maritum esse solet. Quibus verbis in donatione propter nuptias duo mulieri tribuuntur, vindicatio, & utendi fruendi ius, ut in hoc iure quemadmodum dotis fructus ad maritum pertinent, sic & fructus rei propter nuptias donatæ pertineant ad mulierem. De vindicatione constat. Hæc enim nominatim tribuitur mulieri in donatione propter nuptias Novella sexagesima, *Ut immob. don. aut.* §. 1. unde authentica *Permissa, C. de donation. ante nupt.* De fructibus rei propter nuptias donatæ non item inter omnes convenit. Quinimo hæc 3 plurium sententia est, hos fructus non fieri mulieris; quia scriptum sit in *L. pro oneribus, C. de iur. dot.* non licere marito permittere uxori capere dotis fructus donationis caussa. Nam cur magis liceat illi permittere, ut mulier capiat rei propter nuptias donatæ fructus? Ego autem existimo etiam huius rei fructus fieri mulieris eodem iure, quo dotis fructus fiunt mariti. Movent me verba constitutionis Iustiniani *L. ult. C. de donation. ante nupt.* Is in ea *L.* versic. *si igitur & nomine*, scribit, nomine & substantia nihil distare a dote donationem ante nuptias. Substantia cuiusque rei est id, quod res in se continet, quæque ipsa efficit. At effectum dotis maxime est hoc, ut fructus dotis fiant mariti, qui eam accepit. Quocirca & donationis propter nuptias, cuius eadem substantia est, effectum hoc esse oportet, ut rei hoc modo donatæ fructus fiant mulieris, quæ donationem accepit. Idem Iustinianus in eadem *L.* ult. vers. *sin autem*, scribit dotem & donationem propter nuptias paribus passibus ambulare. Metaphora est, qua significatur utramque speciem in easdem res convenire, ut accidit iter facientibus qui paribus passibus ambulant. Et cur id negemus, cum fateamur in hac donatione rem donatam fieri mulieris? Si res eius, etiam fructus ex ea re perceptos eius fieri oportet. Hoc enim ius proprium est domini. *L. qui scit* in pr. & §. 1. *D. de usur.*

VII. Non moveor verbis. *L. pro oneribus, C. de iur. dot.* Non patitur lex maritum permittere uxori capere donationis caussa dotis fructus, & si permiserit, certissimi iuris esse lex ait, fructus repeti posse quatenus mulier locupletior facta est. Longe diversa caussa est fructuum ex dote perceptorum, & eorum qui percepti sunt ex re donata propter nuptias, cum de his mulieri acquirendis agitur. Nam fructus dotis sunt mariti, utpote percepti ex re eius. *L. dotis*, 7. *D. de iur. dot. d. L. qui scit*, *D. de usur.* Quæ res facit, ut si maritus eos permittat capere uxori, donet rem suam. Hoc vero maritus facere non potest: iure omnem donationem simplicem inter virum & uxorem prohibente. *L.* 1. 2. 3. *D. de don. int. vir. & uxo.* At fructus percepti ex re propter nuptias donata, cuiuscumque sint, certe non sunt mariti, sed eum sequuntur, qui eius rei dominus est. Mulier autem est domina, ut supra ostendimus. Quare & hanc sequentur, non permissu & donatione mariti, ne quis forte donationem mariti hic reformidet; neque enim alienum quod erat, dici potest maritus donare: sed eo iure, quo res quæque fructus suos domino parit. Quin autem isto modo fructus fiant uxoris, nulla pars iuris prohibet. Prius erat, ne permitteretur inter virum & uxorem donatio propter nuptias. Hac autem semel admissa, & dominio in mulierem translato, non potuit, quin & fructus inde percepti dominii ius sequerentur. At enim, dicet aliquis, fructus dotis dicuntur fieri mariti non simpliciter, sed pro oneribus matrimonii. Nulla autem eiusmodi caussa est in muliere, cur fructus rei propter nuptias donatæ fiant eius. Ipsa enim ma-

3) Et recte. Quicquid enim speciose hic noster, evidens est cuivis rem non dico curiose pensitanti, sed vel rationem communem consulenti, posita nostri sententia, omni dotis commodo maritum cariturum. Fructus dotis in effectu ita plane exinanirentur, quia quantum hic accederet, tantum inde decederet. Et refellitur Donellus ex *L.* 29. *C. de i. dot.* ibi *sed fructibus* &c. ubi tantum casu quo maritus ad inopiam delapsus, fructus donationis huius tribuuntur uxori, sed non ut in rem suam vertat, verum in onera matrimonii convertat. Vid. Hot. *ad* §. 3. *I. de Donat.* Gomez. *d. loc. n.* 11. Duar. *ad Rub. D. Sol. Matr. Tit. de Don. propt. nupt.* Io. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct.* [illegible] 2. C. 8. ubi mulierem non esse dominam huius donationis, sed vinculo pignoris tenere. Sc Gent. 4. *de Don. i. v. vir.* 16. *p.* 464. *& seq.* Ern. Cothman. *Iuris Resp.* 50. *n.* 35. ubi *n.* 22 *& seqq.* inventam esse hanc rationem dotis conservandæ, nec quoad originem & iuris communis dispositionem titulum huius donationis lucrativum esse, sed ut loquitur, dotis conservativum.

trimonii onera non sustinet. Cur igitur rei donatæ fructus pariter fiant mulieris? Quia ut non sit caussa superior, quæ fructus hos mulieri adiiciat; est tamen alia, quæ idem efficiat, nempe animus remunerandæ dotis; quam remunerationem in donatione propter nuptias leges admiserunt, donatione alioqui inutili futura, si fieret iam contractis nuptiis. *L. ult. C. de don. ant. nupt.* ac de ea remuneratione iam dicam.

VIII. Dicimus igitur sic donationem esse propter nuptias, non solum si res detur nominatim propter nuptias, ut dum nuptiæ hæ stabunt fiant mariti, sed etiam si detur remunerandæ dotis gratia. Hanc partem aperte confirmat, *d. L.* ult. vers. *quare, C. de don. ant. nupt.* cum Iustinianus donationem hanc non simplicem donationem esse ait, sed quasi antipherna posse intelligi. Quod verbum constat idem valere, ac si quis mutuam & reciprocam dotem diceret, seu ea quæ vice mutua pro dote detur. Et vero ita est donatio propter nuptias, quod vel ex effectu licet intelligere. Hoc ergo eam vim habet, ut intelligatur, extra dotem, cui ex adverso respondeat donatio propter nuptias, nullam hanc esse donationem. Quod & constitutum est. Hinc illa, hanc donationem quantumvis nominatim propter nuptias collatam in uxorem, tamen nullam esse, nisi ab eo, qui prius dotem acceperit; neque id solum, sed & dote accepta longius non progredi, quam ut intra modum dotis consistat, eius quantitatem non excedat. *d. L. ult.* vers. *quare*, & *§. si igitur dote, C. de don. ant. nupt.* Quorum utrumque facile ostendit, in donatione propter nuptias quæsitam esse mutuam dotem, in qua tam aperte id agitur, ut doti respondeat, extra hanc non valeat.

IX. Hæc proportio quæstionem attulit, an quemadmodum ultra dotem non licet donare propter nuptias, ita etiam minus donare non liceat, ut per omnia donatio hæc dotis quantitati respondeat. Sed non recte hæc comparantur, Non licere plus donare propter nuptias, quam dotis quantitas efficit; & non licere donare minus. Prius enim non licet, quia dotem excedendo incipit esse donatio simplex inter maritum & uxorem, quod genus ius non concedit. Posterius licet contraria de caussa, quia non est hic donatio simplex, sed quæ mutuum cum dote faciat, ut quatenus id fit, iure civili non possit improbari, ut Iustinianus differit in *d. L. ult. C. de don. ant. nupt.* Et omnino ita ius initio fuit, ut marito donare propter nuptias liberum fuerit. Cui consequens fuit, ut si cui marito videretur contractis nuptiis donare, vel ante donatum augere, liberum etiam esse debuerit, quantum vellet donare, & priori donationi adiicere. Quidni, cum & in dote idem ius sit, ut quemadmodum nulla cogitur dotem dare, aut dare amplius, quam velit, ita nec quisquam donare propter nuptias, nisi velit, & quantum velit? Potest matrimonium sine dote esse. Servetur igitur eadem lex in donatione propter nuptias, ut possit & matrimonium esse sine donatione propter nuptias, postquam dicimus hæc eodem iure uti *d. L. ult.* vers. *quare*, & *§. si igitur dote, C. de don. ant. nupt.* Et hanc libertatem donandi propter nuptias confirmarunt veteres omnes constitutiones. Constitutio Leonis, *L. ex morte, C. de pact. convent.* constitutio Iustini, *L. pen. C. de don. ant. nupt.* constitutio Iustiniani, *L. ult. C. eod.*

X. Sed is hoc ius immutavit in *Novel. de equal. dot.* 97. §. 1. & *§. aliud.* Atque ita constituit, donationem propter nuptias, sive quis donet ab initio, sive contractis nuptiis augeat, æqualem per omnia doti esse debere, cum in præstatione ipsa donationis eiusque quantitate, tum in pactis de dote lucranda, aut donatione propter nuptias. Et addit nominatim, constituere se, ut quod hic antea liberum fuerat, deinceps positum sit in iuris necessitate. Et quod cavet de pactis dotalibus, ut quod de dote convenit, idem intelligatur convenisse de donatione propter nuptias, & contra, non inique constituit. Quod autem cavet, ut maritus donare volens propter nuptias, æquam doti donationem faciat; tale est, ut videri possit non tam inique, quam 4) absurde constitutum. Omnes enim concedunt matrimonium, ut sine dote, ita & sine donatione propter nuptias esse posse. *d. L. ult. C. de donat. ant. nupt.* Ut scilicet marito dote accepta liberum sit nihil donare in totum. Cur non igitur donare volenti liberum sit minus donare? Plus est enim licere nihil donare in totum, quam licere non donare ex parte. Absurdum est autem, cui quod plus est licet, quod minus est non licere. *L. non debet, cui, D. de reg. iur.* Quid, quod

4) Diss. Cuiac. *in d. N.* 97. scribens aliter non constitui sine summa captione posse, licet id non obtinuisse liqueat *ex Nov. Leon.* 20. Eidem ratione, inquit, si augeatur dos constante matrimonio, augenda quoque hæc pari quantitate, & e contrario. Quin tantum abest ut quidam liberam huius donationis constitutionem putent, ut etiam ipso iure constitutam, iuxta dotis quantitatem, existiment, vid. Fach. 8. *Contr.* 67. Sc. Gent. *d. C.* 26. *p.* 462.

quod certi iuris & æquitatis Constitutio est, liberam esse cuique ab initio potestatem habendi vel non habendi contractus? *L. sicut. C. de obl. & act.* Atqui donatio propter nuptias est contractus. *Novel. ut sponſ. larg. speci. sit contractus* 60. Subiiciatur igitur & huic æquitati donatio propter nuptias. Quam ob caussam & consuetudo publica sequentium temporum hanc constitutionem [5] repudiavit. Sic enim usus est, ut & donare propter nuptias, & donare minus, & donare alia forma liceat, ut testes sunt Accursius ad *auth. æqualitas*, in extremo. Baldus & Salycetus in summa *L. ex morte, C. de pact. convent.* Nec nocere debebit marito, si quid cœperit donare propter nuptias. Vere enim liberalitatis est, quæ eum ultra quam velit, obstringere non potest. *L. 1. L. 2. D. de proc.*

XI. Iam de obligatione huius contractus propria videamus. Et ne multis morer, cum dicatur donatio propter nuptias communem substantiam habere cum dote, & paribus passibus ambulare; facile intellectu est quæ supra de repetitione & restitutione dotis diximus, in donationis huius repetitione locum habere omnia, si privilegia superioris repetitionis excipias. Ea igitur sic se habent, quæ quam brevissime perstringam. Ut dotem soluto matrimonio mulier, ita & donationem propter nuptias soluto item matrimonio, aut is ad quem ea pertinet, repetere potest. *L. ult.* in fin. *Cod. de iur. dot.* Ut dotis exactio mulieris est; sic & donationis propter nuptias exactio mariti, nisi qui dedit sibi caverit in re danda donatum sibi restitui, quod & in dote servatur. *L. unica, §. accedit. Cod. de rei ux. act.* Cumque dixerimus donationem propter nuptias fieri mulieris eodem iure, quo dos apud maritum esse solet; vel hinc satis intelligitur, in restitutionem donationis huius eadem venire; nempe rem donatam, & quæ commoda inde pervenerunt ad mulierem, aut pervenire potuerunt, exceptis fructibus dotis, quos mulieris fieri diximus ex quo tempore cœpit res donata esse in id tempus, quo matrimonium solutum est, dolo & culpa a muliere in omnibus præstanda & diligentia tanta, quantam suis rebus mulier adhibere solet. Actio marito in personam est ex eadem intellecta conventione, qualem in dote intelligi diximus. Contractus is, qui re fiat, ubi scilicet res restituitur, quæ prius data est. Nomen actionis esto actio rei propter nuptias donatæ, at ex commodato commodati, deposito depositi, ex locato locati dicitur. Hæc actio iure communi eum cæteris utitur. Privilegia & beneficia doti tributa [6] non habet utpote dotis & mulieris propria. *§. fuerat* in fin. *Institut. de action. L. 1, D. sol. matrim.* Sed & in rem actio marito competet de rebus donatis quasi quæ in eius permanserint dominio, exemplo dotis, quando ambæ eandem substantiam habere dicuntur.

5) Io. del Castillo *de Usuf. C. 46. n. 11.* decisionem illam non esse in usu, hodieque voluntarie has donationes constitui, vid. Sc. Gent. *d. C. 16. p.* 464. Quin & Cuiac. 5. *Obs.* 4. totum hoc genus fere ex usu & sublatum, & doarium moribus receptum plane ab eo diversum esse. De dotalitio, vid. H. Pist. *Lib. 1. Q. 4. & seq.* P. Heig. *QQ. aliquot Parte 1.* Unde id genus invaluerit Cothman. *Iur. Resp.* 50. *n.* 45. *& seqq.*

6) Diss. *per L. 19. C. de I. dot.* Ias. *in d. §. 29.* aliique, quos citat Herman. Meiret. *de Præfer. credit. Lib. 2. Tit. 5. n.* 39.

C A P. X.

De repetitione ob caussam datorum: Quam variæ hæ caussæ, & effectu iuris ad repetitionem quam dissimiles. Ac primum de repetitione datorum ob caussam præteritam voluntariam.

Transitio ad repetitionem ob caussam datorum. I.
De ea repetitione quæstio duplex. Prior de caussa repetitionis, & quæ. II.
Datum ob caussam aut est ob caussam præteritam vel ob futuram. Sive ob caussam aut ob rem datum. Explicatio utriusque, atque usus. III.
Ob præteritam caussam datum, si vera sit: non potest repeti. Si falsa; interest voluntaria ne fuerit, an necessaria; & quæ utraque. IV.
Voluntaria repetitionem summovet, falsa licet, & errori coniuncta; & quare. V. X.
Contrariis occurritur. VI. VII. VIII. IX.
Datum sub conditione, quæ non exstiterit, vindicari potest, aut condici. XI.

I. HActenus nobis exposita est vis & natura primi generis eorum contractuum qui re fiunt. Quod genus esse diximus eorum, quibus id ita agitur, ut res eadem restituatur, vel genere, ut in mutuo, vel specie ipsa, ut in commodato, deposito, pignore & similibus; ut contractus conventionem reddendi inclusam in se babeat, nomine hanc ipsam conventionem vi sua indicante. Cuius generis sex hi fuerunt, Mutuum, Commodatum, Depositum, Pignus datum, Dos, Donatio propter nuptias. Erat [1] alterum genus a nobis propositum, eiusdem quidem conventionis, sed in qua conventio de eadem re reddenda non exprimatur verbis, neque nomine contractus, quod nullum est, designetur; sed verbis eessantibus colligatur ex sententia contrahentium, benigna interpretatione hanc sententiam ex bono & æquo inducente. In hoc genere sunt duo: Ob caussam data, quatenus de his repetendis agitur, & Precarium.

II. De repetitione ob caussam datorum duplex est, ut in superioribus contractibus, quæstio. Prior de caussa repetitionis. Altera de repetitione ipsa, quæ hic & qualis obligatio, quæ hinc & qualis repetitio. In caussa repetitionis hoc quæritur, quæ res det ob caussam dati repetitionem, sive caussa secuta sit, sive non sit. De quo ex genere caussæ propter quam quid datur, æstimandum est.

III. Omne quod ob caussam datur, aut ob præteritam caussam datur, aut ob futuram. Ob præteritam; veluti, do tibi decem, quia negotia mea curasti, quia liberos instituisti, quia prius mihi mutuo dederas. Ob futuram; veluti, do fundum, ut me alas; do Pampbilum, ut Stichum des, ut Stichum manumittas, ut filium emancipes. Exstatque hæc distinctio in *L. damus, 52. D. de condict. ind. L. 1. D. de condict. ob turp. caus.* Nisi quod his locis divisio his verbis expressa est, ut dicatur omne quod ob caussam datur, dari aut ob caussam, aut ob rem. Et ob caussam, ut intelligatur ob caussam præteritam: ob rem, ut intelligatur ob futuram, seu ut aliquid sequatur. Quo modo & hoc posterius in usu iuris fere recipi solet, ut cum simpliciter dicitur obligatio, seu contractus ob rem dati. *L. ult. D. de condict. caus. dat. L. naturalis*, in princip. *D. de præscr. verb.* Quod quidem non fit significatione & proprietate verborum, quasi uno non significetur alterum: sed verbis alioqui per se generalibus & idem exprimentibus ad species certas contractis docendi caussa, quo magis diversæ species distinctis nominibus intelligerentur; ut fieri solere sæpe supra monuimus, & præcipue in appellationibus iniusti, rupti, irriti testamenti, didicimus ex *§. alio, Institut. quib. mod. testam. infirm.* Nam alioqui quod ob rem datur, id est ut aliquid sequatur, recte dicitur, & ex usu iuris, ob caussam dari. Unde condictio ob causam datorum caussa non secuta: aperte de caussa futura, quam postea sequi oporteat. *L. si militem, Cod. de condict. ob caus. dat.* Et in hæc verba

1) Gomez. 2. *Resol.* 8. *n.* 1. discernit hæc. Re contrahi, ut mutuum, commodatum &c. ac interventu rei contractus incerti, quia illic non requiritur conventio expressa, sed ex facto apparet quid agatur. Hic vero requiritur & obligatio oritur, non quidem ante traditionem, subsequuta tamen illa, non ex traditione, sed conventione contrahentium. Sed vid. *supra Lib.* 12. *C.* 12. *& seq.*

ba etiam *inſcriptio Titulorum*, quibus de hac condictione agitur *D.* & *Cod.* Et contra quod datur ob cauſſam præteritam, recte dici poteſt dari ob rem: quoniam & quod præceſſit, res eſt, propter quam quid datur. Sed ut dixi, in his appellationibus ut in aliis innumeris commoditas docendi a veteribus ſpectata eſt. Nos ne quis ſit error in ambiguitate verborum alioqui prope idem ſignificantium, putamus præteritæ, & futuræ cauſſæ appellationibus has ſpecies certius diſtingui, quibus & nunc utimur: ut tamen intelligamus idem, quod ſuperioribus verbis ſignificatum eſt a veteribus.

IV. Sunt vero hæ cauſſæ ut genere diſtinctæ, ita effectu iuris ad dati repetitionem longe diſſimiles. *d. L. damus, de condict. ind.* Ex qua varietate & diſtincti *Titnli* de hoc genere cum in Pandectis, tum in Codice, *De condictione indebiti*, *De condictione ob cauſſam datorum*, *De condictione ob turpem cauſſam datorum*. Quod ob cauſſam præteritam datum eſt, in eo ſic ius eſt de repetitione. Siquidem cauſſa vera eſt, qualiſcunque cauſſa erit, ceſſat dati repetitio, etiamſi cauſſa ſit turpis. *L. mercalem, Cod. de eond. ob eau. dat.* Quippe re in propoſito ita data, ut ſi cauſſa ita ſe haberet, maneret apud accipientem. Neque vero adverſus voluntatem dantis repeti poteſt. *L. ſi ego, D. ſi cert. pet.* obſtante videlicet pacti exceptione, quam conſtat naſci ex omni pacto. *L. iuris gentium, §. ſed eum nulla, D. de pact.* Sin eſt falſa cauſſa, ob quam datum eſt, non æque contra evenit, ut ſemper datum poſſit repeti. Ex voluntate dantis id pendet. Voluntas uti eſt cauſſa dandi præterita, ita ex ea coniicitur. Neque enim omnes cauſſæ præteritæ eodem modo dantem afficiunt, & voluntatem eius movent. Cauſſa præterita duplex: quædam voluntaria; quædam neceſſaria. Voluntaria, quæ ut maxime vera ſit, nulla neceſſitate dandi dantem obſtringit, ut qui ex ea non fuerit obligatus: Veluti, do, quia negotia mea curaſti, quia uxorem duxiſti, quia pauper factus es. Neceſſaria omnis, ex qua iure quid debetur, quæ ideo adfert ſecum neceſſitatem rei debitæ ſolvendæ, ut eſt definitio obligationis, *Inſt. de obl.* in pr. Sic appellantur hæ cauſſæ a Papiniano in *L. alienationes*, 13. *D. fam. erciſc.*

V. Quod ob cauſſam præteritam voluntariam datum eſt, placet omino repeti non poſſe. Si cauſſa vera ſit, de eo iam dixi, & nulla eſt dubitatio. Sed amplius dicimus, etſi cauſſa falſa ſit, [2] ne ſic quidem datum repeti poſſe. Utputa, dedi tibi decem hac cauſſa & ratione nominatim adiecta, quia negotia mea bene curaſti: ſive non curaſti, ſive curaſti male; datum non repetam. Sed & hoc certum eſt, ſi ſcivi negotia mea a te curata non eſſe, & nihilominus dedi. Sic enim apparet me donare voluiſſe, ut dicitur de indebito ab eo qui ſciret indebitum, ſoluto. *L. cuius per errorem, D. de reg. iur.* At etiam hoc dicimus amplius, etſi errans falſo mihi perſuaſi negotia mea a te eſſe geſta, ceſſare repetitionem. Quod diſerte ſcriptum in *d. L. damus*, 52. *L. in ſumma*, 65. *§. id quoque, D. de eond. ind.* diligenter notandum eſt. Videri enim poteſt prima facie dictum adverſus ſenſum omnium hominum aliquod factum remunerari cogitantium; qui in ea cogitatione ita affecti eſſe ſolent, ut niſi vere beneficium præceſſerit, nolint in alium eſſe liberales. Quo magis ſuperior ſententia munienda fuit ratione. Ideo & rationem Paulus adiecit in *d. L. in ſumma, §. id quoque, de cond. ind.* ſi dedi, inquit, quod negotia mea adiuta a te putavi, licet non ſit factum, & falſo mihi perſuaſerim factum eſſe, tamen non repetam; quia donare volui. Recte Paulus ex definitione donati. Donari enim intelligitur, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari, D. de reg. iur.* Cui definitioni conſequens eſt, ut ſi quis cum ſciret ſe non cogi ad dandum, dederit tamen, videatur donaſſe. Quod & ipſum ſcriptum eſt in *L. Campanus, D. de oper. libert.* Atqui in ea cauſſa eſt is, qui dicit, aut putat negotia ſua geſta eſſe ab aliquo. Nam etſi vere geſta ſint, non obligatur tamen ei, qui geſſit, ut pro opera quid præſtet. Hactenus ſolum obligatur, ut præſtet, ſi quid ille in ea negotia impenderit utiliter, aut ſe eo nomine alicui obligarit. *L. 2. D. de admin. tutor.* Quod ſi is pro opera nihil debet, cuius vere negotia geſta ſunt, quanto minus debet, cuius negotia omnino geſta non ſunt? Quare qui ob negotia ſua curata, dedit, cum ſciret, aut iure ſcire deberet ſe non teneri ad aliquid eius operæ nomine præſtandum; ſi dedit, donare voluit, ſive cauſſa vera fuit, ſive falſa: & ſive ſcivit falſam eſſe, ſive ignorans fal-

2) Zaſ. *ad Rub. de Cond: ca. da. n.* 4. Loriot. *de Iur. Arte Tr* 17. *& ſeqq Axiom.* 72. Aut cauſſa eſt, inquit, obligatoria, ut do, quia emi, & ſi falſa, ac dans veram, putat, condictioni locus: Aut non eſt obligatoria, ut do quia Capitolium adſcendiſti, & quia donationem continet, nulla condictio, quavis in ea erretur.

falso sibi persuasit veram esse, quæ non erat. Quoniam omnibus his casibus pariter verum est eum scientem se nullo iure cogi, dedisse; & posterioribus magis; quo fit, ut recte dicatur donasse, ex superiore definitione. Quo posito, sequitur, ut recte negetur datum his omnibus casibus repeti posse. Certi enim iuris est perfectam semel donationem non posse revocari: nisi ex quibusdam caussis, de quibus postea suo loco. *L. cum ancillam*, *§. si repetendi*, *C. de cond. ob caus. dat.*

VI. Sed multa huic sententiæ videntur adversari, quæ nisi diluimus, animus in ea sententia facile acquiescere non potest. Sed & contraria aliis locis certis dicere videbimur. Proponam igitur, ac de singulis breviter respondebo. Primum statim occurrit in contrariam sententiam exemplum indebiti soluti. Quod & ipsum datur ob caussam debendi, quæ præcessit. In eo tamen hæc de repetitione distinctio est, ut si quidem is qui solvit scivit indebitum esse, similiter non repetat. At si per errorem solvit, falso sibi persuadens debitum esse, quod non erat; placeat eum in falsa caussa & iusto errore suo habere dati repetitionem. *L.* 1. *D. de cond. ind.* Cur non igitur idem dicamus, si dedi tibi ob hanc caussam, quia negotia mea curasti: ut si scivi curata non esse, non possim repetere: at si putavi, & in eo erravi, æque mihi competat dati repetitio propter falsam caussam & iustum errorem? Nempe quia ad cogitationem donandi multum interest inter caussam præteritam voluntariam, de qua nunc agimus, & caussam dandi necessariam, qualis esse putatur in indebito per errorem soluto. Qui scivit se non teneri ob caussam præteritam, sive ea vera esset, sive falsa, si nihilominus dedit, aperte donare voluit ex definitione donati, ut dixi. At qui dedit tanquam deberet, & dum in eo errat, se debere putat; is utique in eo errore donatum non vult. Verum est enim illud Modestini, neminem in necessitatibus liberalem exsistere *L. rem legatam*, *D. de adimend. leg.* idest neminem liberalitatem & donationem exercere velle in eo, in quo se necessitate cogi ad præstandum existimat. Contraria enim sunt sponte dare, quod est donantis; & dare coactum, quod est eius qui se putat debere, ac propterea solvit. Itaque in illo repetitionem impedit eius donatio: in hoc contraria donanti voluntas admittit.

VII. Sed esto non congruat exemplum, tamen multa alia efficere videntur non esse animum donandi in eo, qui ob caussam præteritam falsam dedit, quamvis voluntariam, si eam caussam subesse falso sibi persuasit errans. Hæc videlicet, solus error ipse dantis; adiectio caussæ non inutilis; tum cuiusque caussæ vis & potestas. Occurrit igitur secundo loco ipse error dantis. Vel hic solus sufficere videtur, ne qui ob caussam falsam per errorem dedit, existimetur in donationem consensisse, quia certum est non consentire qui errent. *L. si per errorem*, *D. de iurisd.* *L.* 2. *D. de iud.* Sed expedita hic responsio est. Sane enim non consentiunt, qui errant: sed dum intelligimus non consentire in eo, in quo errant. Nam aliis in rebus, in quibus non errant, non potest dici consensui obstare error, qui nullus est. Itaque in proposito qui dedit ob negotia sua gesta, quæ gesta non sunt, dum putat gesta esse; quia in caussa dandi errat, nemo dixerit eum in eam caussam consentire. Et sane non consentir, neque id nunc agitur, ut consentiat. Qui etiamsi consentiret, ut negotia sua gesta sint, nihil tamen proficeret. Facta enim infecta fieri non possunt. At quod putat se non teneri, ut quid det eo nomine, eiusmodi est, ut in eo non erret. Id enim re vera ita se habet. Quare si cum id sciat, det nihilominus, negari non potest, quin non per errorem, sed sciens prudens det, ubi se nullo iure cogi intelligat. Quod si fit, iam hic non errantis, sed consulto dantis donatio est: cui propterea non potest dici error obstare, quominus valeat.

VIII. Tertio obiicitur Inutilitas adiectionis, si in ea caussa denegamus danti eique erranti repetitionem; quam inutilitatem, videtur esse contra ius & rectam legem omnem interpretationis, admittere. Hoc enim convenit omnium loquentium sententiæ, ut omnis oratio, & adiectio sic accipiatur, ne sit inutilis, sed ut aliquid egisse intelligatur. Idqne ita præcipitur in *L. si quando*, 109. *D. de leg.* 1. Porro hæc ratio adiecta, quia negotia mea curasti, in eo qui putavit vere gesta esse, est inutilis; nisi hoc agitur, ut si negotia curata non sint, nolit datum quod dedit. Proinde hoc ipsum sensisse eum intelligere debemus; non autem eum donare voluisse, quasi superius illud frustra adiecerit. Sed quod dicitur orationem omnem sic esse accipiendam, ne frustra sit, sed ut aliquid egerit; in re & voluntate obscura locum habet. Contra est, si constet eum qui quid adiecit, nihil agere voluisse. Quod accidit in iis omnibus, qui dant, legant aliquid caussa

seu

ſeu ratione adiecta in præteritum concepta. Nam cum ſciant ſe non teneri, ut dent, etſi cauſſa vera ſit, multoque minus, ſi falſa; hoc ipſo quod dant nulla neceſſitate dandi coacti, donare ſe oſtendunt. Proinde & rationem dandi fruſtra adieciſſe, qua non adiecta idem futurum eſſet. Aut ſi non fruſtra adieciſſe volumus, huc certe referetur, ut quoniam ratio eſt, ideo confirmandæ dationis cauſſa magis, quam impugnandæ adiecta videatur, & ſi falſa ſit, nihilominus datum valeat. Quæ & ſententia pro iure certo accepta eſt. Ex hac enim certitudine voluntatis illa eſt regula iuris certi, quam in omni datione tenere oporteat, falſam cauſſam adiectam neque legato, neque heredis inſtitutioni nocere; id eſt non efficere, quominus hac contempta quaſi fruſtra adiecta legatum, & inſtitutio valeat. *L. demonſtratio*, 17. §. *quod autem*. *L. falſa*, 33. *D. de cond. & dem.* §. *longe*. *Inſt. de leg.* Quod & ipſum veteribus placuiſſe in iis quæ inter vivos ob falſam huiuſmodi cauſſam dantur ex hac ſpecie intelligi poteſt. *d. L. in ſumma*, §. *id quoque*, *de cond. ind.* Quid mirum, cum nec falſa cauſſa noceat ſtipulationi? ut in *L. ſi divortio*, 21. *D. de verb. obl.* Nam profecto si ſtipulator quanvis falſa cauſſa adiecta ultra actionem habet ad rem promiſſam petendam; multo magis cui res falſa cauſſa adiecta iam data erit, habebit rei datæ retentionem.

IX. Poſtremo obiicietur etiam vulgare illud, ceſſante cauſſa ceſſare effectum: ſumptum ex *L. quod dictum*, 32. *D. de pact. L. quid enim*, 27. *D. de iudic. L. generaliter*, *C. de epiſc. & cler.* Quo dicto efficitur in propoſito, ut si quis quid dederit ob cauſſam, qualem nunc intelligimus, veluti quia negotia eius geſta ſint; hac cauſſa ceſſante, quod ſit, cum cauſſa falſa eſt, intelligatur is, qui dedit, datum nolle, quia hic cauſſæ adiectæ effectus erat, ut daretur. Sed & hoc vere vulgo dicitur cum Accurſio ad *L.* 1. §. 2. in verbo, *cauſſam*, *D. de poſtul.* ſuperius illud de 3 cauſa finali accipiendum eſſe, non de impulſiva. Si apertius dicendum eſt, ſuperius illud recte dicitur de cauſſa futura, ſeu in futurum concepta, cum ſcilicet aliquid datur, inducitur, conſtituitur, ne quid fiat poſtea aut ut fiat; qui finis eſt dandi, & conſtituendi. Veluti, ne debitor a fideiuſſore poſtea conveniatur, qualis cauſſa proponitur in *d. L. quod dictum*, *de pact.* Aut ne legatus impediatur publico munere legationis fungi. Qualis eſt in *d. L. quid enim*, *de iud.* In cauſſa autem præterita voluntaria, & quod idem eſt, in oratione præterita ſumpta neque vere idem dicitur, neque ſuperior ſententia ad eam cauſſam pertinet. Licet autem huius poſterioris cauſſæ exemplum ſumere ex *d. L.* 1. §. 2. *D. de poſtul.* Extat apertius in ſpecie, de qua agimus, confirmata in *d. L. in ſumma*, §. *id quoque de cond. ind.* Sed ne longius petatur huius diſtinctionis probatio, diſerte tradita eſt in *L.* 3. *D. de donat.* his verbis Ulpiani. Cum quid donatur ob cauſſam, ut erat ſpecies *L.* 2. *præcedentis*, in fin. definiendum eſſe generaliter, multum intereſſe, utrum donandi cauſſa fuerit, an conditio. Si cauſſa fuit, ceſſare repetitionem. Si conditio, repetitioni locum fore. Cauſſam vocat ex uſu communi veterum cauſſam præteritam, quam eandem rationem ex præterito ſumptam dicimus, *d. L. damus*, *de cond. ind.* ut in ſpecie illic propoſita, do decem, quia Stichum emere vis, ut inde emas. Conditionem autem intelligit huiuſmodi orationem, do, ſi Stichum emeris. Do, ut illud aut illud fiat, verbis ſcilicet ſolum in futurum caſum & eventum conceptis, ut eſt conceptio conditionis omnis, §. *ſub conditione*, *Inſt. de verb. obl.*

X. Quæ cum ita ſint, non dubitabimus veram eſſe hanc & certi iuris ſententiam, quoties quid ob præteritam cauſſam, eamque voluntariam datum eſt, etſi cauſſa falſa ſit, datum repeti non poſſe; nec intereſſe, utrum datum ſit ab eo, qui ſciret falſam eſſe, an qui errans veram exiſtimaret. Huius ſententiæ conſtare hanc rationem, quod quiſquis, cum ſciret ſe non cogi dare, quid dedit, donare voluit. Quia donare ſit, nulla neceſſitate coactum dare. Quod ſi recte dicitur, cum cauſſa dandi voluntaria vera eſt, multo magis convenit idem dici, cum fuit falſa: quia minus tenetur ad dandum, qui nullam omnino dandi cauſſam habuit, quam qui habuit, etſi non neceſſariam: is cuius negotia geſta non ſunt, quam cuius geſta ſunt. Quod ſi quid etiam amplius quærimus ad voluntatem donandi in hac ſpecie ſignificandam; ſic mecum colliga-

3) Duar. *de Cond. ca. da. C.* 3. P. Fab. *ad L. cum principalis* 178. *de R. I.* Tiraq. *Tr. Ceſſ. cauſſa limit.* 1. in finali ſeu ratiocinativa quam Græci λογικὴν αἰτίαν vocant, procedere regulam, non in ὁρμητικῇ *d. L.* 1. §. 5. *d. L.* 2. §. *ult. L.* 13. *ult. de donat. int. vir. L.* 32. §. 6. *de Uſuf.* & DD. plurimi quos laudat Tiraquellus. Ubi prolixe & accurate, unde liqueat cauſſam eſſe impulſivam vel finalem add. Val. Guil. Forſt. 2. *Obſ. ſucciſ.* 8.

ligatur. Si is, qui ob supra scriptam caussam dedit, falsa caussa constituta datum nollet, prius inquireret in eam caussam, nec se coniiceret in periculum non necessariæ præstationis, cum posset id facere, & satius esset non dare, ubi caussam subesse vellet, quam post rem datam remedium quærere. Non inquisiit. Proinde & ea caussa contempta donatum voluit.

XI. Sed totum hoc sic accipiendum est, nisi appareat eum qui dedit non aliter datum velle, quam si caussa vera esset, ob quam datum est. Quod vel ex sermonibus dantis præcedentibus intelligi potest, aperte testantis, nisi id quod putat, vere factum sit, se non esse hoc animo, ut datum manere apud accipientem velit. Aut ex conceptione caussæ adiectæ, cum scilicet quis dedit non caussa & ratione reddita; sed sub conditione hoc modo; do tibi decem, si negotia mea curasti. Fingamus te non curasse. Nihil datum intelligitur. Hoc etiam in legatis hac conditione relictis placuit. *L. demonstratio*, 17. *§. pen. D. de cond. & dem.* de quo scripsimus *supra Lib.* 8. *Cap.* 14. Multo ergo magis in voluntatibus viventium, quæ non æque favorabiles sunt, ut supremæ, recipiendum est. Vis hæc est conditionis omnis in præsens aut præteritum conceptæ, ut si falsa sit, statim infirmet id, quod hac conditione geritur. *§. conditiones, Inst. de verb. obl.* Quo casu intelligemus dominium rei hac conditione datæ, si conditio falsa sit, in accipientem non transferri. *L. qui absenti*, 38. *§.* 1. *D. de acq. poss.* Unde eveniet, ut qui ita dedit, si res adhuc exstet, vindicare possit ut suam, quam non transtulit. Sin pecunia, quæ data erat, consumpta sit sine dolo malo, condici poterit, id est repeti actione in personam. *Argum. in L. si ego*, 18. in fin. *D. si cert. pet.* Nam quibus ex caussis dati vindicatio est, ex iisdem caussis consumptæ pecuniæ condictio est. *L. rogasti*, 11. *§. ult.* in fin. *D. eod.*

C A P. X I.

De repetitione datorum ob præteritam caussam necessariam: In quo est indebiti soluti repetitio; Quæ huius repetitionis caussa: In hac caussa de duobus illis primis ad hanc caussam pertinentibus, Soluto, & Indebito, Quid sit solutum, quidve contineatur hoc verbo, Tum quid sit indebitum per sese, remota omni ratione personarum, cui & a quo debeatur.

Continuatio. Caussa debendi necessaria quæ. I.
Datum ob caussam necessariam, si vera sit, repeti nunquam potest. II.
Si falsa: per errorem facti solutum, ut indebitum condictione repetitur. III.
Indebiti ex superiore caussa soluti repetitio cautiones habet quatuor; & quæ illæ. IV.
In ea, ut sit aliquid solutum; *qui solutionis abusus, & quæ* soluti *verbo contineantur, explicatur.* V.
Debiti soluti nulla repetitio. VI.
Debitum quod sit, ex ipsa re, & personis, inter quas solutio peragitur, æstimandum. VII.
Re *debitum condicti solutionem impedit. Civile illud cum effectu, & naturale.* VIII.
Civile cum effectu quid. IX.
Item quid naturale. X.
Iure civili debitum dumtaxat est re ipsa indebitum, & quare. Eius soluti est tamquam indebiti repetitio. XI. XIII.
Duo alia indebiti genera condictionem pariunt: & quæ. XII.
Interpretatio L. 40. *in princ.* D. de condict. indeb. XIV.
Exceptio perpetua per errorem soluti repetitionem habet. XV.
1. *Si sit perpetua. Et quare. Cur aliter, si ea sit temporalis.* XVI. XVII.
2. *Si eius gratia, quo cum agitur, rei videlicet, sit comparata: cuiusmodi exceptio quæ.* XVIII.
Aditus ad cap. seq. XIX.

I. NOn in eadem caussa est, si quid datum sit ob caussam, præteritam quidem, sed siquidem vera esset, necessariam. Eam autem esse dixi, debendi caussam, ubi quod solvitur, tanquam debitum solvitur: cum ex qua caussa quid debe-

debetur, ea eiusmodi sit, ut necesse sit id præstari, quod debeas. Ita nos omnis obligatio necessitate alicuius rei præstandæ adstringit, ut est definitio obligationis. *Inst. de obl.* in pr. Neque hic excipimus naturalem obligationem, cui & ipsi inest hæc necessitas iure gentium in his quæ natura debentur: si modo recte definitur, eum natura debere, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus, ut est in *L. cum amplius*, *§. is natura*, *D. de reg. iur.* Quod eo pertinere volo, ut si postea hoc tanquam vere debitum, & quod repeti non possit, statuimus, sciamus id ad eam necessitatem, quam in debito nunc ponimus, non male a nobis referri.

II. Quod ob istam caussam datum est, hæc fere iuris summa est de eius repetitione. Si caussa vera est, id est, si vere debitum quod solvebatur; nunquam repeti potest.

III. Sin caussa falsa, id est si indebitum solutum; est, cum non possit ne id quidem repeti: est cum possit. Quod cum eveniet, hinc est condictio indebiti, quæ dicitur a veteribus, de qua *Titulus D. & C.* id est indebiti soluti repetitio per actionem in personam, & specialem banc actionem, quæ dicitur *condictio indebiti*. Quæ & sola repetitio est in iis, quæ ob caussam præteritam necessariam data sunt. Est igitur ex hac caussa indebiti soluti repetitio. Non semper, sed suis & certis conditionibus. Ius totum hac definitione brevi continetur. Quod tanquam debitum solutum est; si quidem indebitum & per errorem facti, repeti potest. Vel hoc modo: Indebiti per errorem facti soluti repetitio est iure condictionis; non aliter. Præterquam in una specie, de qua extremo loco dicetur. Prius enim ius commune, & regula statuenda est, quam ad exceptionem perveniatur. Extat autem superior definitio cum aliis in locis, tum maxime in his certo. *L. 1. C. de cond. ind. §. is quoque*, *Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Est quidem his locis de errore comprehensum generaliter; non specialiter de errore facti. Sed hoc idem valet, ut postea suo ordine dicetur. Quod si quis totidem verbis definitionem desiderat, de omni eo generaliter, quod indebitum solutum est, expressa est in *L. si per ignorantiam*, *L. fideicommissum*, *C. de cond. indeb.* *L. cum quis*, *C. de iur. & fact. ignor.*

IV. Continet hæc definitio caussam in-

Tom. III.

debiti condictionis. Habetque hæc caussa suas condictiones, quarum singulæ si separatim & distincte cognoscentur, totius cognitionem & certitudinem adferent, & simul ubi sit indebiti condictioni locus, ubi non sit, ostendent. Proinde quæ sint, & quid contineant, videndum est. Sunt igitur hæc quatuor, quæ ad indebiti repetitionem & condictionem ius desideret. Primum, ut quid solutum sit. Secundum, ut solutum indebitum. Tertium, ut solutum per errorem. Quartum, ut per errorem facti. Si quid contra erit, cessabit soluti repetitio.

V. Primum illud, ut quid solutum sit. Quo verbo statim monendi sumus nos hic abusive uti. Dum spectamus, non quod vere sit, sed quod fit dantis opinione. Nam solutio re vera non est, nisi debiti solutio. *Inst. quib. mod. re contrah. obl.* in pr. Nunc autem de eo agitur, qui præstat, quod non debet. Sed ideo solvere dicitur, quia se debere putans, dum hac opinione indebitum tanquam debitum præstat, se solvere existimat. Interim hanc opinionis solutionem exigimus. Soluti verbum duo continet, quæ totidem hac parte exigi intelligemus: ut quid detur scilicet re ipsa, & ut detur tanquam debitum. Dationem hoc verbum [1] exigit, quoniam solvere est naturaliter, id est re ipsa & vere dare, facere, quod debetur. *L. solutum*, 49. *D. de sol.* Quod eo pertinet, ut iam a principio hic agnoscamus, si qua hic obligatio nascitur, iam non ex conventione sola, sed ex re nasci: quandoquidem obligationis res tradita initium faciat, non sola conventio, de quo plura paulo post. Non est satis quid datum esse, ut solutum dicatur; dari oportet tanquam debitum: cum ut iam dixi, non solvatur quid, nisi quod debetur vel vere, vel opinione dantis. Hæc nota est, quæ solutionem indebiti a transactione discernit, cum quod transactionis caussa datur, non detur tanquam ante debitum, sed ob caussam futuram, nempe ut a lite discedatur: Hæc eadem nota est, quæ hanc speciem in repetitione dati a superiore specie distinguit. Nam & cum do tibi, quia debui, non minus do ob caussam præteritam, quam cum do, quia negotia mea curasti. Cur ergo ex hac specie posteriore, quanvis negotia mea non curaris, nulla repetitio est: indebito autem soluto, si non sit debitum, repetitio competit? Nempe quia illic quod datur, ob caussam præteritam datur voluntariam: hic ob caus-

Zzz 2 sam

[1] Imo etsi nummi alieni, condictio est *L. 15. §. 1. h. t.* condicitur promissio seu cautio, *L. is qui* 31. *D. L.* 3. *C. h. t.* Duar. *h. t. C.* 2.

sam præteritam illam quidem, sed necessariam, quia solvitur tanquam debitum; quod vere debitum præstare necesse habeas. Ex illa qui dat, donare vult: hinc denegata dati repetitio. Ex hac qui errans solvit, minime donare intelligitur: hinc errore comperto repetitio admissa. Quam recte utrumque, superiore capite ostendimus.

VI. Secundum exigimus ad soluti repetitionem, ut sit indebitum quod solvitur. Debitum solutum quocumque modo vere debitum sit, repeti non potest. Nam primum quod ut debitum solvitur, datur hoc animo, ne unquam repetatur. *L. qui sic*, 55. *D. de sol.* Quare si debitum est, ut sensit, non potest adversus voluntatem & pactionem eius repeti. Quodcumque enim pactum est, prodest reo ad exceptionem. *L. iurisgentium*, *§. sed cum nulla*, *D. de pact.* *L. in bona*, *C. eod.* proinde & ad soluti retentionem, quæ superioris pacti exceptione defenditur. Tum autem qui solvit, ut maxime solvat ex caussa præterita, tamen ex parte dat ob caussam futuram; nimirum ut sequatur liberatio; dat enim sui liberandi caussa. Hæc caussa sequitur eum qui solvit debitum. Iam enim dixi solutione eius, quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Certi autem iuris est, quod ob caussam futuram non inhonestam datur, eius caussa secuta cessare repetitionem. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.*

VII. Debitum duabus ex rebus æstimandum est: ex re ipsa, & ex personis eorum, inter quos res agitur. Ex re ipsa, ut sit aliquid per se debitum, quisquis id debeat, aut cuicumque debeatur. Ex personis, ut sit etiam inter eos ipsos, inter quos solutio peragitur, debitum: idest ut debeatur ei cui solvitur, & debeat is, qui solvit. Quorum aliquid si deest, etiam si cætera concurrant, est indebitum quod solvitur.

VIII. Re debitum, quod valeat ad impediendam condicti solutionem duplex est. Aut enim civiliter quid debetur cum effectu, aut naturaliter tantum.

IX. Civiliter & cum re, quod ab invito exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. signific.* Id autem est, quod ex iis caussis, ex quibus obligationem iure civili nasci diximus, ita deberi cœpit, ut neque personarum condictio impediret, quominus inter eas consisteret civilis obligatio, neque exceptio ulla perpetua obstaret actioni; & quod debetur, deberetur pure aut in diem, non sub condictione. Caussæ obligationum maxime sunt illæ quatuor a Iustiniano positæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. *§. ult. Inst. de obligat.* Sed non statim cum omnibus personis consistit civilis obligatio. Id ubi accidat, in naturali obligatione diximus. Exceptiones quoque perpetuæ actionem removent: quæ sint, intelligi potest ex *Tit. Inst. de except.* in pr. & deinceps. Sed & quod sub conditione debetur, pendente conditione non modo peti non potest, sed ne debetur quidem. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* Nam quod debetur in diem, etiam ante diem debetur; sive id natura tantum deberi placet, sive etiam iure civili. *§. in diem*, *Inst. de verb. obl.* *d. L. cedere*, *D. de verb. obl.* Si quibus igitur denegetur debiti soluti repetitio, dubitari non debet, quin his maxime denegetur, a quibus iam nunc quid exigi potest, aut certum est postea exigi omnino posse. Quod & de eo, qui in diem debitor sit, diserte traditur [2] in *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.*

X. Sed non minus debetur, quod naturaliter debetur, & si exigi nunquam possit. *L.* 1. *§. ult. D. de pec. const.* *L. naturales*, *D. de obl. act.* Quod genus debiti atque obligationis quale esset, & quas caussas haberet, satis supra diximus in huius generis explicatione. Unde quæ ad hunc locum facere videbuntur, poterunt assumi. Ergo & quod natura debetur, ut in aliis multis caussis, ita in repetitione soluti pro vere debito habetur, eoque nec solutum quanvis ab eo, qui se civiliter obligatum putaret, repeti potest. Sententia iuris certi [3] innumeris locis tradita. *d. L. naturales*, *D. de obl. & act.* *L. fideius.* 16. *§. fideiussor. D. de fideiussor.* *L. naturaliter*, 13. *L. si pœnæ*, 19. in pr. *L. si quod dominus*, 63. *L. frater*, 38. *D. de cond. in d. L. sed etsi*, 9. in fi. cum *L. quia*, *seq. D. de sen. Mac.*

XI. Est tertium quoddam genus debiti, sed quod verbo ita dicitur, re autem non est debitum. Id scilicet, quod iure civili debetur, & peti potest actione in eam rem eodem iure civili constituta, sed iure prætorio

2) Vid. Duar. *h. t. C.* 5. qui censet interusurium medii temporis repeti posse, quod refellit Rob. 1. *Sent.* 26, de quo & Gothofr. ad d. *L.* 10. Nec distinguit facti, an iuris errore solutum sit, vid. *infra C.* 14. *N.* 5.

3) Exempla autem in *L.* 32. *§. pen. h. t.* de quo Duar. *C.* 6. *f.* 910. *L.* 26. *§.* 12. *h.* Nec tamen omne debitum naturale hunc effectum parit, ut obligatio antidoralis, vid. *Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15. pupilli non locupletioris redditi, vid. *d. Lib.* 12. *C.* 22. *N.* 13. Tametsi quoad remuneratoriam obligationem distinguat Tiraq. post *LL Connub. Gl.* 5. *n.* 56. an aliud solutum quam quod acceptum, ubi condictio sit, an illud idem quod prius datum fuerat, & ex quo nata obligatio per *L.* 49. *§.* 1. vers. *propterea quod creditor de fideic.*

torio actio exceptione perpetua removetur, de quo etiam genere suo ordine supra diximus. Qui ita debet, inquam, is [4] nullo iure vere debere intelligitur. Ut traditur *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Nam ut quod pluribus illic exposuimus, liceat nobis hoc loco, cum maxime opus est, breviter attingere; qui ita debet, non debet natura, cum hac ipsa de caussa detur exceptio, quia non sit æquum reum condemnari, quæ fere caussa est omnium exceptionum proponendarum, ut declaratur *Inst. de except.* in pr. & deinceps. Id autem æquum, quod est ex iure naturali. *L. pen.* in pr. *D. de iust. & iur.* Sed nec iure civili, quia quæ hoc iure competit actio, re ipsa est inutilis propter exceptionem, qua summovetur, ut profecto summota non magis proficiat, quam si omnino nulla fuisset. Ex quo regula iuris, nihil interesse, utrum quis actionem non habeat, an actio per exceptionem infirmetur.

XII. Hinc ex re ipsa duo genera indebiti, quæ eadem locum faciant repetitioni soluti. Unum genus est, cum quid omnino non debetur, idest neque iure civili, neque natura. *L. si non sortem*, 26. §. *indebitum*, *D. de cond. ind.* Hoc quidem præcipue esse indebitum, & parere repetitionem si quod aliud, non dubitatur. Est autem id, cum aut nulla præcessit debendi caussa, puta nulla ex illis generalibus quatuor; aut præcessit quidem, sed conatu tantum, iure autem non valuit. Ut, si stipulanti quid promissum sit, sed stipulatione inutili, qualis describitur ex suis caussis *Inst. de inut. stip.* Sunt autem hæ caussæ, de quibus supra diximus, puta si vel desit iustus consensus, vel non sit is finis quem oportet, vel non res, non personæ ad obligationem inducendam idoneæ. Sed & huiusmodi indebitum est, cum vere caussa præcessit, ex qua quid debeatur, sed debetur sub conditione. Iam dixi, quod sub conditione debetur, pendente conditione omnino non deberi. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* Quæ res facit, ut interim per errorem solutum repetatur [5] *L. sub conditione*, 16. *D. de cond. ind.* Dum tamen conditionem hic intelligamus, quæ vere sit conditio, idest de qua incertum sit natura, an exsistat, necne. Nam conditio exsistens, ut loquitur Pomponius, idest ita constituta, ut certum sit natura omnimodo exstituram, veluti, dabo, cum moriar, pro die est, non pro conditione. Placetque ante solutum repeti non posse. *d. L. sub conditione*, 16. & 2. *seqq. de cond. ind.*

XIII. Alterum genus indebiti est tertium illud, quod modo ostendimus, cum quid iure civili peti potest, sed actio per exceptionem perpetuam infirmatur. Parit & hoc genus indebiti repetitionem videlicet, comprehensumque est una definitione cum superiore in *d. L. si non sortem*, 26. §. *indebitum*, *de cond. ind.* Eadem prope definitio Papiniani, in *L. ex his omnibus*, 54. *D. eod.* his verbis: *ex his omnibus caussis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit.* Aliis verbis eadem sententia. Non valet caussa præcedens, quæ ex superioribus caussis est inutilis. Quo verbo intelligi oportet, multo magis idem dicendum esse cum caussa nulla omnino præcessit. Effectum non habet ea, quæ per exceptionem removetur.

XIV. Ex hoc posteriore genere maxime nata est hæc definitio *L. qui exceptionem*, 40. *D. eod.* qui exceptionem perpetuam habet, eius caussa cum quo agitur, non in odium creditoris comparatam, solutum per errorem repetere potest. Natum hoc, inquam, ex illo priore, quod qui ita debet, ut exceptionem habeat adversus actionem, is vere omnino non debeat: ubi scilicet actio tam est inutilis, quam si omnino nulla esset, ut dixi. *d. L. nihil interest*, *L. de reg. iur.* Et quod additum est de perpetua exceptione, & quæ in odium creditoris introducta non est, additum est propter superius illud, quod de naturali debito diximus, id solutum scilicet repeti non posse. Nam & quæ exceptio perpetua non est, & quæ est in odium creditoris comparata, naturalem obligationem subesse indicat, ut mox dicemus. Adeoque verum est eum qui talem exceptionem habeat, qualem descri-

4) Unde & debitor desinere dicitur exceptionem nactus. *L.* 66. *de R. I.* ubi vid. P. Fab. & Gœd. ad *L.* 12. *de V. S. n.* 10.

5) Idem est in die incerto, qui conditionem facit. Et male Cujac. 13. *Obs.* 20. *&* 18. *Obs.* 1. *in fin.* negatione inserta *d. L.* 16. legit *die non existente*, vel *die pendente*, notatus ab A. Gent. *de Div. temp. appell.* C. 12. & A. Fab. 4. *Con.* 20. qui *d. L.* 16. *in f.* accipit de die plane incerto, ubi si solvatur est condictio *L.* 56. *h.* Excipitur nisi dies tempore condictionis venerit *d. L.* 16. *in fin.* ubi ratio dubitandi si tempus solutionis inspicias, certum est indebitum per errorem solutum esse. Ratio decidendi. Non solutionis, sed condictionis tempus inspici debet. Et convenit *L. seq.* 17. Non ibi præcedentis L. exemplum, ut Cuiacius. Sed confirmatio & ratio. Si eo casu quo dies, quem venturum certum est, nondum autem venit, negatur repetitio, minus concedetur, si ante diem incertum solutum sit, & dies is priusquam condiceretur extiterit. Plus namque est venisse, quam necessario venturum esse, A. Fab. *d. loc.*

scripsimus, solutum posse repetere, ut placeat sufficere ad caussam indebiti, & soluti repetitionem, incertum esse, an nascatur postea debitori eiusmodi aliqua perpetua exceptionis defensio. Traditum & declaratum exemplo in *L. sufficit*, 56. *D. de cond. ind.* Nempe ideo, quia ita fit, ut hoc ipsum incertum sit, an qui solvit debeat, eum si exceptio postea nata erit, certum futurum sit ex eventu, istum qui solvit, vere non debuisse, quia exceptionem habuit.

XV. Sed meminerimus in ea exceptione cui repetitionem damus, duo exigi; ut sit perpetua, & ut ne sit in odium eius, cui debetur, constituta.

XVI. Primum ut perpetua, *d. L. qui exceptionem*, *d. L. si non sortem*, 26. §. *indebitum*, *de condict. indeb.* Quales sunt illæ, quæ exprimuntur *Institut. de exc.* in pr. & deinceps iuncto §. *appellantur:* Quod metus caussa, doli mali, pecuniæ non numeratæ, pacti conventi, iurisiurandi, rei iudicatæ. Hoc ideo, quia sunt quædam exceptiones temporales & dilatoriæ, quibus tutus quis si solverit, cessat repetitio. Talis est pacti conventi, si convenerit postea, ne intra certum tempus ageretur, §. *temporales. Institut. de interd.* Talis exceptio mariti, & similium personarum, ne conveniantur ultra quam facere possunt: utpote petitionem differens in id tempus, cum amplius facere poterunt. *L. unica*, §. *cum autem*, *Cod. de rei ux. act.* Ideo & qui exceptionem temporalis pacti habuit, si solvit ante tempus, non magis repetet, quam qui ab initio in diem debitor fuit, & solvit ante diem. *L. in diem*, 10. *D. de condict. indeb.* Cui similis est, & qui debet sub conditione, quam certum sit omnimodo extituram, ut ante dixi, *d. L. sub conditione*, & 2. *seqq. eod.* Eademque ista ratione fit, quod placuit, si vel maritus, qui facere non poterat, dotem solverit, vel alius nomine mariti, utrumque in ea caussa esse, ut repetere non possit. *L. quod nomine*, 8. *L. nam & maritus*, *seq. D. de condict. ind.*

XVII. Cur ergo in alia caussa est, qui habet temporalem exceptionem? Quia quisquis dilationem ad solvendum habet, quod vere debuit, sive eam habet conditione ipsa obligationis contractæ, sive postea quæsitam: & sive conventione dilatio tribuitur, sive lege: is ante diem si minus iure civili, at saltem natura debet. Hoc quidem constat, quod in diem debetur, dici simpliciter deberi. *L. cedere*, *D. de verb. signific. L. centesimis*, 46. in pr. *D. de verb. obl.* Quod & in cæteris similibus dilationibus intelligendum est. Esto igitur, ante diem non debeatur iure civili, ad quod solvendum dilatio data est. De quo nunc non contendo, scripsi autem ad *d. L. centesimis*, *de verb. obl.* At certe illud semper relinquetur, interim saltem natura debitum esse, quod ita debetur: cum si debetur necesse sit alterutro modo deberi. Iam autem diximus, quod natura debetur, solutum quovis modo repeti non posse.

XVIII. Iam & illud in exceptione, cui repetitionem soluti damus, superior definitio exigit, ut ne sit exceptio in odium creditoris comparata, sed eius cum quo agitur gratia, id est rei, *d. L. qui exceptionem*. Nempe ideo, quod & hic qui exceptionem non sua caussa, sed in odium creditoris constitutam habet, is nihilominus natura debet: quam obligationem iam sæpe dicimus, impedire indebiti condictionem. Redditur hæc ratio in *L. si pœnæ*, 19. in pr. *D. de cond. ind. L. sed si* 9. in fin. & *L. quia seq. D. de sen. Maced.* Videndum, quæ exceptiones sint reorum caussa comparatæ, non in odium creditoris. Et cum omnes debitoris defensionem contineant (sunt enim eiusmodi, quæ reum damnatione eximant, si sunt perpetuæ, vel minuant damnationem, si sint temporales. *L. antep. D. de exc.*) necesse est omnes perpetuas defendendi solum rei caussa comparatas videri, nisi aperte lege declaretur in odium creditoris dari.

XIX. Convenit huius posterioris generis esse exceptionem senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiofamilias credita, cui propterea soluti huius crediti repetitio denegatur, *d. L. qui exceptionem*, 40. *de cond. ind. d. L. sed si* in fin. & *L. seq. de Mac.* Liquet ex verbis senatusconsulti, quod exstat in *L.* 1. *D. de sen. Mac.* Nam primum illic testatur Senatus, se ad eam exceptionem dandam venisse motum improbitate & avaritia Macedonis fœneratoris, quam aversetur. Addit deinde cupere se præcidere materiam peccandi, quam istiusmodi hominum improbitas in pecunia credita malis moribus præstaret. Ad extremum ut intelligeretur, quæ exceptio eo senatusconsulto datur filiisfamilias in pecunia credita, eam non in odium solius Macedonis cuius initio facta erat mentio, sed omnium fœneratorum esse constitutam, subiicitur hæc ratio in *extremo*; ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius filiifamilias nomen, id est debitum,

bonum

bonum fieri posse exspectata patris morte. Si qua lex aut pars iuris occurret usquam eiusmodi, qua exceptionis dandæ caussa ita aperte in odium creditoris conferatur, non dubitabimus, quin exceptio sit in eadem caussa cum superiore ex *d. L. qui exceptionem*.

C A P. XII.

Unam esse exceptionem perpetuam in odium creditoris comparatam, quæ ideo indebiti quamvis per errorem soluti condictionem impediat, exceptionem senatusconsulti Macedoniani. Falsum esse, quod vulgo docent, in hoc numero esse præterea duas has exceptiones, Doli, & Rei iudicatæ. Declaratum id pluribus, & expolita per occasionem *L. Iulianus*, 60. *D. de cond. ind.* Additum & de his, quæ debita alio modo solvuntur, quam debentur.

Una S. C. Macedoniani perpetua exceptio soluti repetitionem summovet. I.
Proponitur interpretum opinio, qui superiori annumerant exceptionem doli mali, & rei iudicatæ. II.
Exceptionem doli mali primariam soluti repetitionem admittere pluribus ostenditur. Accursii & aliorum obiectis occurritur. III. IV. V.
Item iudicatæ rei exceptionem. VI. VII. VIII. IX.
Vera species L. Iulianus 60. D. de condict. indeb. *proponitur, & illustratur*. X. & seqq.
Eandemque superiori definitioni de rei iudicatæ exceptione suffragari contrariorum refutatione ostenditur luculentissime. XI. XII. XIII.
Rerum summa, & conclusio. XIV.
Quæ perpetuam rei debitæ retentionem habent exceptiones, habent etiam soluti repetitionem. Plura id genus exempla. XV.

I. SEd an sit ulla exceptio perpetua eiusmodi præter superiorem, quæritur. Nam hæc sola proponitur in *d. L. qui exceptionem*. Sed exempli loco, mihi nulla alia præterea occurrit. Certe de nulla alia ulla in parte iuris idem traditum omnino legimus. Ut si ita est, recte dicturi simus, qui aliam aliquam exceptionem perpetuam habeat, eum si solvat, solutum per errorem pariter repetiturum.

II. Et de cæteris non dubitant vulgo interpretes. Duas excipiunt, quas eodem loco cum exceptione Macedoniani habent; exceptionem doli mali, & rei iudicatæ. Illam præcipue ad *L. qui se debere*, *D. de cond. cau. dat.* hanc ad *d. L. qui exceptionem*, *de cond. ind.*

III. Nos videamus, ne hæ maxime reorum caussa comparatæ sint, & ad definitionem superiorem maxime pertineant. Exceptio doli mali primaria, id est quæ cum nulla alia exceptione speciali concurrat, competit ex hac caussa, cum quis existimans se debere, quod non debebat, id vel creditori ipsi, vel alii iussu creditoris stipulanti promittit vel stipulantis dolo inductus, vel suo ipsius errore deceptus. Veluti, si heres centum, quæ testamento legata proponebantur, promiserit legatario testamenti fidem secutus, cum ea adempta essent codicillis, qui latebant. Hic sive legatarii dolo factum est, ut heres ea centum promitteret, dum a legatario supprimuntur codicilli, sive utriusque iusto errore id accidit, dum codicilli ab utroque ignorantur; nihilominus utroque casu subtilitate iuris obligatur ex stipulatione heres: sed ei doli exceptio competit. *L. si quis cum aliter*, 36. *D. de verb. obl. Inst. de exc.* in pr. Quid si heres quo errore primum ista promisit, in eodem etiam postea perseverans ex stipulatione solverit? Negant vulgo eum repetere posse. Quia exceptio doli, qua se tueri potuit, sit odiosa: odiosam negant tribuere repetitionem. *d. L. qui exceptionem*, *de cond. ind.* Aio repetere posse, quod est verissimum. Et quidem in ipsissima specie superiore diserte responsum est in *L. qui se debere*, *D. de cond. caus. dat.* Quæsitum est, inquit Iulianus, utrum promissor posset repetere eam pecuniam, quam dedisset. *Nerva, Atilicinus responderunt, quoniam putasset, debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum*. Quo quid apertius? Sed hic Accursius & reliqui argutantur. Quia cum in specie *d. L. qui se debe-*

debere. agitur de eo, qui suo errore, non adversarii dolo deceptus promisit: fatentur exceptionem doli, quæ inde nascatur, parere repetitionem soluti, ut cæteras: sed eam se intelligere dicunt, quæ competat ei, qui promiserit dolo adversarii deceptus. Qui hanc habeat, solutum non posse repetere; quia sit exceptio odiosa. Ridiculum: quasi ea exceptio doli, quæ in re ipsa decepto competit, non æque nascatur ex dolo adversarii; quæ non alia de caussa competit, quam quod qui petit ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit, ut diserte scriptum est in *d. L. si quis cum aliter*, in fin. *D. de verb. obl. L.* 2. *§. circa*, *D. de dol. exc.* Et rogo, unde dicitur doli exceptio, nisi ex dolo adversarii, cui opponitur? Illud etiam ineptius, quod in priore exceptione repetitionem soluti admittunt, in posteriore denegant; cum priore illo admisso, multo magis admittendum fuerit posterius. Nam si ei, qui suo errore solum deceptus promisit, competit soluti repetitio, quia id fieri æquum est: quanto æquius & verius est competere ei, qui ultro etiam adversarii dolo inductus id fecit? Sic enim duplex caussa citius ei dederit repetitionem, ipsius error, & adversarii machinatio. Et præterea minus culpæ est in eo, qui ab adversario decipitur, quam qui suo ipsius errore. Nam errorem nostrum, qui ex re ipsa nascatur, vitare aliquando possumus diligentia nostra, puta diligenter instrumenta hereditaria asservando, ut ne codicilli, & si quid est ad testamentum pertinens, excidat; tum in res hereditarias diligenter inquirendo. Alienum autem dolum, puta eius, qui codicillos interverterit & celet, vitare non possumus.

IV. Sed etsi deesset superioris loci auctoritas: tamen non dubiis argumentis probari potest, exceptionem doli, eam ipsam quæ decepto adversario competit; pertinere ad definitionem *L. qui exceptionem*. ut scilicet qui eam habeat, possit perperam solutum repetere. Tribuitur ea definitione hæc repetitio ei exceptioni, quæ eius cum quo agitur caussa datur. At talis est doli mali exceptio etiam adversus eum, qui decepit. Diserte traditum, *Inst. de exc.* in pr. Proinde ex ea definitione hæc exceptio repetitionem dabit. Eiusdem definitionis & illud est omnem exceptionem perpetuam repetitionem soluti tribuere, si non est prodita in odium eius, cui debetur. At ex hac quoque parte & exceptioni doli repetitionem dabimus. Errat enim valde, si quis hanc exceptionem in odium creditoris, ac non ob favorem rei & caussæ comparatam existimat. Sic enim statuendum est, eam demum exceptionem in odium creditoris comparatam intelligendam esse, quam reus ita habet, ut tamen naturaliter obligetur, ac nihilominus placeat legi eum exceptione tutum esse. Neque alia caussa est, quæ in istiusmodi exceptione impediat soluti repetitionem, quam naturalis obligatio, quæ huic exceptioni adiuncta est. Quod & diserte traditur in *L. si pœnæ*, 19. in pr. *D. de cond. ind. L. sed si* 9. in fin. *L. seq. D. de sen. Mac.* At qui cum non debeat, promisit circumventus, atque hinc exceptionem doli habet adversus dolum adversarii, is minime omnium natura debet. Quid enim magis contra naturæ æquitatem quam decipienti dolum suum prodesse, decepto nocere, qui sine dolo non debebat? Et ideo qui ita promisit, dicitur subtilitate iuris esse obligatus, in *d. L. si quis cum aliter de verb. obl.* ut intelligamus subtilitate iuris sola obligatum, non natura. Subtilitas enim iuris benignitati & æquitati, seu æquo & bono opponitur. *L. si tibi pecuniam*, 20. in fin. *D. si cert. pet. L. filio*, *D. de iniust. rupt.* Id autem ut superiore capite diximus, æquum & bonum, quod natura seu iure naturali tale est. *L. pen. D. de iust. & iur.* Sed & dicitur doli exceptio comparata, non tantum ne cui dolus suus prosit per occasionem iuris civilis summi; sed ne prosit contra naturalem æquitatem. *L.* 1. *D. de dol. exc.* Petit ergo contra naturalem æquitatem, qui a decepto promissore petit. Quod sane non alia de caussa id ita facere dicitur, quam quod deceptus promissor naturali æquitate defenditur, ne solvat, quam æquitatem actor petendo oppugnat. Non ergo hic promissor natura debuit. Quapropter non est hæc exceptio in odium, seu pœnæ creditoris caussa comparata, sed propter rem & caussam ipsam, quia scilicet in re est, ut reus vere & secundum naturam non debuerit.

V. Moventur tamen hoc argumento, quod dicant doli exceptionem esse odiosam: traditum sit autem in *d. L. qui exceptionem*, *de cond. ind.* odiosas exceptiones non tribuere soluti repetitionem. Et si hoc posterius non convenit verbis *d. L. qui exceptionem*, tamen concedamus. At illud nequaquam verum est, exceptionem doli esse odiosam. Nam si intelligunt odiosam, quæ in odium creditoris comparata sit, quibus verbis utitur *d. L. qui exceptionem*. iam satis ostendimus falsum esse. Sit sane dolus actoris, qui reum decepit,

odio dignus. Sed manifestus hic error est, si quis ex eo colligit exceptionem doli esse odiosam. Immo contra, si dolus turpis est, & non ferendus, dignum laude est & benevolentia, quidquid dolum oppugnat. Quod si intelligunt odiosam exceptionem eam, quæ non sit favorabilis, primum nihil eos adiuvat *L. qui exceptionem*, in qua definitio non est de exceptione non favorabili, sed de ea quæ comparata sit in odium. Deinde non minus & hoc per se falsum est, exceptionem doli non esse favorabilem. Nulla est enim sententia iuris certior, quam hæc, deceptis non decipientibus iura opitulari. *L.* 2. *§.* 1. *D. ad Vell.* Opitulari autem alicui, & aliquem auxilio dignum putare, nihil aliud est, quam ei favere, putare favore dignum. Ut apud Ovidium.

.... *Simplicitas digna favore fuit.*

Idest digna auxilio. Unde rei dicti favorabiliores, quam actores, *L. favorabiliores, D. de reg. iur.* pro eo quod est, maiore & propensiore auxilio dignos esse, quia laborant, & id agitur, ut liberentur. *L. Arrianus, D. de obligat. & act.* Ex quo illud Quintiliani, *Naturalis est pro laborantibus favor.* Id est naturalis propensio ad auxilium ferendum iis, qui laborant. In quo numero sunt rei. Quocirca omnia concurrunt, quæ evincant exceptionem doli mali maxime esse ex earum genere, quæ comparatæ sunt rei tuendi caussa ob id quod natura non debeat. Proinde qui eam exceptionem habeat, si per errorem solverit, solutum repetere posse.

VI. Quod attinet ad exceptionem [1] rei iudicatæ, nihil verius, quam hanc præcipue in eadem caussa haberi oportere. Rei caussa comparatam esse constat. Nam cum Iustinianus initio *Tit. Inst. de except.* proponat exceptiones defendendorum reorum caussa comparatas esse eas, quas subiicit, inter cæteras perpetuas enumerat exceptionem rei iudicatæ. *§. item si.* Sed ita hanc rei defendendi caussa comparatam esse quis dixerit, ut sit primo in odium actoris comparata. Hoc vero de hac exceptione nullo modo dici potest. Eam enim demum exceptionem in odium creditoris comparatam esse vere dixeris, quæ comparata est pœnæ caussa, ut cum reus debeat, tamen creditor exceptione repellatur. *L. si pœna*, in pr. *de cond. ind.* Nulla porro pœna aut coercitio, ubi nullum delictum; quia pœna nihil nisi delicti coercitio est. *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Quid autem actor deliquit iudicio agendo, etiam si victus sit? fieri potest, ut iure egerit, & victus sit tamen imperitia aut iniquitate iudicis. Et ut forte illi debitum nihil fuerit, fieri tamen potest, ut putaverit deberi. In quo errore nihil delinquit, qui propter metum periculi incerti noluit indefensum ius suum relinquere. *arg. in L. illud, D. de her. pet.* Quapropter in odium actoris comparata esse hæc exceptio dici omnino non potest. Quod si utrumque concurrit, ut rei defendendi caussa comparata sit, nullo autem modo in odium creditoris, plusquam manifestum est pertinere eam ad definitionem *d. L. qui exceptionem*, ut scilicet qui eam habeat, dicendum sit eum perperam solutum, ut indebitum iure repetiturum. Plus dicimus, si tribuitur hæc soluti repetitio aliis exceptionibus perpetuis; bis caussam esse cur tribuatur exceptioni rei iudicatæ. Nam cæteræ ut maxime comparatæ sint reorum caussa; in his tamen nihil amplius versatur, quam utilitas privatorum id agentium, ut exceptione patrimonium suum tueantur. In exceptione autem rei iudicatæ, ut hæc serventur, non tantum agitur utilitas privata eius, qui absolutus est, sed etiam publica. Publice enim interest res iudicatas ad suum cuique recte tribuendum & lites finiendas exitum habere. *L. servo*, 65. *§. cum prætor D. ad Trebell.*

VII. Quæ cum ita sint, evidentem aliquam rationem esse oportuit, cur hanc vulgo putarent eximendam aliorum numero, vel potius superiorem definitionem in hac exceptione non sequendam. Nunc autem quam rationem adferunt? Hanc videlicet, exceptionem rei iudicatæ inductam esse iuris rigoris servandi caussa. Et hoc ideo, quia sæpe absolvatur, qui debeat. At hæc ratio plane eos oppugnat. Demus enim reum iure absolutum, quia & re vera non debuerit. Nonne conse-

1) In quo DD. accedit Duar. *h. r. C. f.* 908. per *L. index* 28. *h. tit.* quam noster præterit, & C. 6. *f.* 910. Sed facilis Resp. Ibi solvit sua sponte sciens & bonam fidem agnoscens. Hic quæritur de eo, qui ignorans vel ex errore solverit. Diff. & Pac. 4. Q. 14. Hortens. *ad L.* 13. §. 4. *de pig.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 33. *& seq.* ita: Si sententia absolutoria iusta solvens deinde errore repetit. Quod quinque rationibus non necessariis firmat, cum dubio omni careat. Sin iniusta, quia vere debuit, non repetit, per *d. L.* 28. *d. L.* 60. *h. t.* Distinguit tamen hoc posteriore casu inter errorem facti, quo si solverit absolutus iniuste repetat, & iuris, quo non item. Atque sic in effectu cum Donelli nostri sententia conveniunt. Hoc interest quod alias Vasquez putat cum DD. vulgo regulariter quemvis, etiam iuris, errorem condictioni caussam dare.

quens est eorum ratione hunc solventem posse repetere? Omnino. Et vero quid dici potest, cur hic solutum non possit repetere, qui nec ante, nec post sententiam debuit? At fieri potest, inquiunt, ut debuerit qui est absolutus. Fieri potest; sed fit interdum, non semper. Cur ergo generaliter definiunt de omni hac exceptione, quod ad omnem non pertinet? Ego autem doceo, ex hac ipsa illorum sententia, omnem, qui absolutus solvit, semper posse solutum repetere. Fatentur, si quis absolutus sit, qui & non debuerit æquum esse, ut solutum repetat. Atqui omnis qui absolutus est, perinde habetur post rem iudicatam, quasi non deberet. Res enim iudicata inter eos, inter quos res acta est, pro veritate accipitur. *L. res iudicata*, *D. de reg. iur.* Sit ergo omni absoluto, qui postea solvit, repetitio soluti, tanquam qui non debitum solverit.

VIII. Etiam si hoc absolute & perpetuo verum non sit, tamen omnes concedent tamdiu huic iudicio standum esse, donec contrarium probetur. At hoc adversus eum, qui absolutus est, probari nunquam potest. Nam si actor, qui solutum a reo absoluto errante acceperat, dum solutum repetitur, dicat absoluto; repetere non potes: vere enim debuisti, & probare paratus sum: non audietur. Certi enim iuris est, post rem iudicatam nihil amplius quæri inter easdem personas, quam an iudicatum sit. *L. post rem*, 56. *D. de re iud.* Sic fit, ut qui semper pro eo habetur, quasi non deberet, vel illorum sententia repetere possit solutum, tanquam non debuerit. Dicant nunc, si videtur, hoc rigide constitutum esse, quia possit, qui absolutus est, natura debere. At certe hic rigor in eo erit, quod constitutum est actorem semel victum non posse de eadem re iterum controversiam movere, nec admitti ad contrarium probandum. Hoc autem semel posito reum non debere, aut certo ita certo haberi, quasi non debeat, quod ex priore illo sequitur: fatendum est non iam rigore fieri, sed iuris certi ratione, quæ infirmari non potest, ut qui ita solvit, quia solvit indebitum, possit repetere. Tollant ergo prius rigorem illum, quem dicunt rei iudicatæ omnimodo servandæ, sic deinde quod dicunt de debito, poterit recipi. Quod si illam vim rei iudicatæ concedunt omnes, nec quisquam est, qui refragetur: sciant hoc admisso, etiam illud quod sequitur, admitti necesse esse, dum scilicet qui absolutus est, pro non debitore esse habendum, atque hoc posito, etiam indebiti soluti repetitionem habere.

IX. Et quæso, cur hanc vim potius repudient in exceptione rei iudicatæ, quam in exceptione iurisiurandi? Fatentur, si quis deferente adversario iurasset se non debere, huic sic competere exceptionem iurisiurandi, ut si quis idem solverit per errorem huius exceptionis ignarus, puta iurantis heres, aut fideiussor, soluta pecunia repeti possit. *L. si quis iurasset*, 43. *D. de cond. ind.* At is non minus falso iurare potest se non debere, quam reus sententia iudicis falso pronuntiari non debere. Cur ergo in exceptione iurisiurandi admittant potius soluti repetitionem? Si vere uterque non debet, qui iuravit, & qui est absolutus; cur non utrique pariter datur indebiti soluti repetitio? Si pariter uterque falso dictus est non debere, cur iuranti potius detur, quam absoluto? Ratio vero differentiæ reddi omnino non potest, nisi quod in exceptione rei iudicatæ maior est, cur huic repetitio tribuatur, quam exceptioni iurisiurandi: cum in hac servanda privata solum utilitas: in illa etiam publica versetur, ut dixi. Dicent iusiurandum servari propter conventionem *L. sed etsi*, 25. *L. qui iurasse*, seq. §. *ult.* *D. de iur.* Vel hac ipsa admittant servandam inter litigatores rem iudicatam. Nam & in iudicio accipiendo conventio mutua interponi intelligitur, ut reus solvat, si condemnatus erit: si absolutus, ne ab eo petatur. Unde actori etiam ipsi actio iudicati, quæ contrahi dicitur, at stipulatione. *L. 3. §. idem scribit. D. de pecul.*

X. Cur ergo laboramus in re, ut videtur, tam aperta, aut quomodo illi in re ita aperta tam fœde labi potuerunt? Non defuit errandi caussa, quæ illis obiecta est ex *L. Iulianus*, 60. *D. de cond. ind.* ubi duo hæc leguntur, eum qui absolutus est, ac propterea exceptionem rei iudicatæ habet, solutum repetere non posse, & præterea absolutum natura debitorem permanere. Sed responsum tam ad id, de quo agitur, nihil pertinet, ut nihil sit alienius, nec quidquam magis sententiam nostram superiorem confirmet: si tamen recte intelligitur. Quod ut fiat, plenius proponam. Id enim postulat loci nonnulla obscuritas, quæ etiam doctissimos tenuit Species facti hæc. Cum vero debitore iudicio agi cœperat. Quo mortuo eius heres, idemque verus debitor, ut qui successisset in æs alienum defuncti, cum interpellaretur a creditore

de

de eodem debito, ignorans iudicii cum defuncto suscepti, veris vel instrumentis, vel testibus victus bonam fidem agnovit, & solvit [2] pendente adhuc iudicio. Quæ ideo in herede, & iudicii instituti ignaro fingimus, ut procedat quærere, quod sequitur in quæstione, an possit hic verus debitor, quod ita solvit, repetere. Nam in eo, qui sciret se ex iudicii caussa exceptinnem habere, aut habere posse, inepte hoc quæreretur, cum certi iuris sit eum qui sciens se exceptione tutum, solvat, repetere nnn posse. *L. si non sortem*, 26. §. *indebitum*, *D. de cond. ind.* Solvit ergo verus debitor pendente iudicio: per errorem tamen: proinde & iudicii ignarus, quod contingere potest heredi. Comperit postea is heres, idemque debitor iudicium de ea re fuisse cœptum, & iudicium etiam nunc pendere. Hic ex pœnitentia condicere vult solutum. Quæstio, an possit. Sed cur dubitatur? quæret aliquis. Proponimus enim verum debitorem solvisse: nempe quod debebat. Indebiti autem solum fatemur esse repetitionem, non etiam debiti. Dubitandi caussa ex eo, quod supra definivimus, non solum eum habere soluti repetitionem, qui exceptionem perpetuam habuit, eum solveret; sed etiam eum, de quo incertum est, an eam exceptionem nancisceretur postea. *L. sufficit*, 56. *D. de cond. ind.* Id quidem in proposito contingere posse videtur ei, qui pendente iudicio solvit. Etsi enim verus debitor est, potuit tamen postea absolvi vel iniuria iudicis, quanvis non ideo absolveretur, quia solvisset. Absolutus consequeretur exceptionem rei iudicatæ, quæ reis absolutis datur. Hinc quæstio, an propter incertum huius exceptionis, soluti repetitio pendente iudicio danda sit. Paulus de sententia Iuliani respondet verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio solventem repetere non posse. Non obstare, quod possit postea absolvi. Nam nec absolutum, nec condemnatum repetere posse. Condemnatum non posse constat: nec de eo nunc quæritur. Sed nec absolutus potest; quia inquit, licet sit absolutus, tamen natura debitor permanet. Quo significat ei in id tempus, quo solvit, exceptionem rei iudicatæ prodesse non posse, vel potius in id tempus nullam esse. Sic fit, ut verus iste debitor pendente iudicio solvens, ideo non repetat, quia in omnem eventum debitor maneat; manet enim, sive sit condemnatus, sive absolutus. Unde bene eum similem esse dicit ei, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit. Nam & hic in omnem eventum debiturus est: *L. necessario*, §. *pen. D. de peric. & com. rei vend.* Et ut subiicit Paulus, *quia ex una caussa alterius solutionis origo proficiscitur*. Ex una caussa, intellige remota & deficiente. Alterius solutionis origo sic accipe, solutionis origo ex altera causa. Ut sit sensus, quia ex una caussa deficiente incidimus in alteram, ex qua necesse est deberi, & solvi, quod debetur. Vel apertius, quia eum ex una caussa desiit deberi, cnntinuo ex altera contraria deberi incipit.

XI. Hæc respnnsi breviter sententia est. In quo interim apparet duo illa statui, quæ dixi. Eum qui absolutus sit, solutum repetere non posse; & præterea eum qui sit absolutus, natura debitorem manere. Utrumque ut videtur ei sententiæ, quam posuimus, plane contrarium. Et ut de eo iam respondeam, esset utrumque contrarium, si diceretur de eo reo, de quo agimus. Nunc autem dicitur, utrumque de eo, in quo omnia sunt contraria. Responsum est de vero debitore. Verus debitor si solvit, non repetit. Non mirum: nulla enim debiti soluti repetitio est, sed solum indebiti. Id quod etiam supra statuimus. Nos loquimur de eo, qui debitor non est, quia exceptionem habet, qua tutus perinde non tenetur, quasi omnino non deberet. *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Responsum est de vero debitore, qui pendente iudicio solvit. Non mirum, si hic non repetit. Solvit enim non solum verus debitor, sed & qui exceptionem rei iudicatæ non haberet. Nondum enim erat absolutus. Nos loquimur de eo reo, qui absolutus solvit, id est qui absolutus exceptionem rei iudicatæ habuit iam tum, cum solvebat. Merito hic solutum repetit, quia prius nnn debuit propter exceptionem perpetuam iam ante quæsitam. Non obstat, quod verus debitor pendente iudicio solvens potest postea nancisci exceptionem rei iudicatæ, quia absolvi potest. Nam hæc exceptio constituta illi esse potest pro eo tempore, quod secutum est sententiam. Per sententiam enim primum factum est, ut res iudicaretur, unde hæc exceptio. At nulla esse potest de eo facto, quod sententiam antecessit, quia tunc absolutus non fuit. Neque sententia sequens muta-

2) Greg. Lopez. *Animadv. C.* 14. *n.* 2. solvisse hic debitorem post litem contestatam, sed ante sententiam, nihilque magis litteræ contrarium, quam quod DD. contendunt, solvisse post sententiam &c.

mutavit conditionem illius temporis. Nam ut est in *responso*, ante sententiam qui solvit, verus debitor fuit. Verus debitor licet sit absolutus, natura tamen debitor permanet: id est manet idem, qui prius fuerat. Hoc recte: quippe affirmatio aut negatio iudicis pronuntiantis aliquem non debere, qui debebat, veritatem rerum mutare non potuit. *L. assumptio, D. ad munic.* Ex quo intelligitur ne hoc quidem quidquam adversari, quod dicitur eum qui absolutus est, natura debitorem manere. Recte enim dicitur de vero debitore, qui ante sententiam solvit: de vero, inquam, id est de eo, quem & talem esse constabat vel ipsius confessione, quæ tum fuit, vel certis aliis probationibus. Nihil enim interest, utrum quid non sit, an cum sit re vera, & secundum naturam, tamen ita esse non probetur. *arg. in L. duo sunt, D. de test. tut.* De eo debitore, inquam, recte dicitur, hunc permanere debitorem, qui antea fuisset. At de eo dici nullo modo potest, qui absolutus solvit, de quo nunc agimus. Hic enim ante sententiam debitor non fuit. Certe de eo non constitit, & quod amplius est, nec unquam deinceps potest constare. Ante non fuisse reum habitum pro debitore res loquitur. Ideo enim litigabat, quod negaret se debere. Hanc eius affirmationem non mutavit sententia sequens, sed confirmavit; absolutus est enim tanquam non deberet. Cumque hactenus pro debitore habitus non sit: tum vero nec deinceps potest constare ipsum aliquando ante rem iudicatam debitorem fuisse. Nam si actor, a quo solutum repetitur, dicat eum qui repetit, vere debuisse, & se paratum probare; non est audiendus. Huic enim obstat exceptio rei iudicatæ, in qua solum hoc quæritur, an iudicatum sit, omissa quæstione, utrum reus iure, an iniuria sit absolutus. *d. L. post rem, D. de re iud.* Hæc cum ita dicantur de rebus & personis contrariis, non modo non pugnant inter se, sed etiam inter se ita consentiunt, ut mutuo sibi adstruant fidem, id est ita unum verum sit, ut continuo necesse sit, verum esse & alterum. Nam qui dicit verum debitorem repetere non posse, idem hoc ipso confirmat, si quis cum debitor non esset, solverit, posse repetere. Item qui dicit eum qui pendente iudicio solvit, quia exceptionem rei iudicatæ non habebat, repetere non posse: idem contraria de caussa hoc dicere intelligitur, si quis absolutus solvat, quia exceptione rei iudicatæ munitus esset, repetitionem habiturum.

XII. Confirmatur igitur responso *L. Iulianus, de cond. ind.* ut si qua alia re maxime, id quod supra posui de exceptione rei iudicatæ, non infirmatur. Atque hæc ita sunt citra dubitationem, si constet, quæ ibi dicuntur de eo qui absolutus est, dici de vero debitore. Sed hic subsistunt vulgo interpretes, atque hinc erroris caussa. Putant enim hæc verba, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset, non deberi referri ad verum debitorem, qui pendente iudicio solvit, de quo propositum erat, sed mutata oratione referri ad eum, qui ante sententiam non solvisset. Moti sunt, ut id dicerent, hac obiectione. Apparet superiorem rationem non pertinere nisi ad eum, qui absolvi potest & condemnari. At verus debitor pendente iudicio solvens condemnari non potest. Sic enim traditur in *§. ult. Inst. de perp. & temp. act.* si ante rem iudicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, absolvi eum debere, licet in ea caussa fuisset iudicii accipiendi tempore, ut damnari deberet. Ita necesse est referri ad eos, qui absoluti solverunt, ut etiam hi solutum repetere non possint. Ac si quis roget, quid hoc ad rem, cum quæstio posita sit de vero debitore, qui pendente iudicio solvit, respondent in eo inesse argumentum a maiori. Nam si nec is qui absolutus solvit: repetit: multo minus repetet verus debitor, qui pendente iudicio, id est nondum absolutus solvit. Et de obiectione postea. Ante hoc statuendum arbitror, diligenter nobis cavendum esse, ne unquam concesserimus rationes a Paulo subiectas in superiore responso ad alium quam ad verum debitorem referri. Atque adeo nec possunt. Quominus possint, duo prohibent. Primum ratio recti sermonis. Hæc enim verba, *absolutus & condemnatus*, sunt adiectiva, ut Grammatici docent, quæ non possunt in oratione consistere, nisi alicui substantivo adiungantur. In superiore autem responso nullum est substantivum, cui applicentur, nisi verus debitor, de quo præcesserat sermo. Non possunt igitur ad alium referri. Sic enim verba sunt; *Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente iudicio negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset*. Quis hic nec absolutus, nec condemnatus? Nempe is de quo propositio præcesserat, cuius propositionis probandæ caussa hæc ratio subiicitur: verus debitor scilicet. Quod si de omni reo superiora scripta essent, ita loqui oportuisset, quia nec absolu-

solutus quis, nec condemnatus repetere posset. Nunc autem simpliciter dicitur sine adiectione ullius novæ personæ, *quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset*. Prohibet præterea ratio altera Pauli subiecta. *Licet enim*, inquit, *absolutus sit* (ubi rursum absolutum de eodem dicit, de quo prius locutus erat) *natura tamen debitor permanet*. Nemo permanet debitor, post rem iudicatam, nisi qui ante verus debitor fuit. Dici autem ante fuisse is potest, quem ante talem esse constitit. Et qui idem nondum absolutus solvit, Quia enim cum solvebat, non habebat exceptionem rei iudicatæ, non potest ei quanvis absoluto postea exceptio rei iudicatæ sic acquiri, ut actori obstet dicenti in præteritum eum qui solvebat, tunc verum debitorem fuisse. At hoc de eo, qui absolutus solvit, dici in universum non potest, ut hic videmus generalem esse orationem. Quid enim, an necesse est omnem reum qui absolutus est, ante rem iudicatam debitorem fuisse, ut sic dicatur & postea debitor permanere? Et an non potest quis iure absolvi, quia vere non debuerit? Plus dicimus; de eo qui absolutus est, ante rem iudicatam debitorem fuisse, dici omnino non posse, hunc natura debitorem permanere. Quomodo enim permanere debitorem dixeris, nisi ante probetur debitor fuisse? At neque de eo constitit prius, cum fuerit absolutus; & iam effectum est, id deinceps probari non posse adversus eum, adversus quem propter exceptionem rei iudicatæ illi partam nihil quæratur amplius, quam an iudicatum sit. *d. L. post rem, D. de re iud.* Sic fit omnino, ut quanvis hic centum obiectiones starent adversus sententiam Pauli initio positam in *d. L. Iulianus*. Tamen utraque ratio subiecta ita scripta & concepta sit, ut non possit ad alium, quam ad verum debitorem referri, & eum qui pendente iudicio solverit.

XIII. Nunc de obiectione respondebo. Non est verum, cur propter eam obiectionem mutemus superiorem sententiam, vel si per verba Pauli liceret. Ait Iustinianus in *d. §. ult. de perp. & temp. act.* eum qui satisfecit actori pendente iudicio, absolvi, non condemnari debere. Nihil hoc ad eum debitorem, de quo nunc agimus. Solvit is quidem primo, sed non satisfecit, quia non vult hanc solutionem ratam esse, sed solutum ut indebitum revocat. Unde quæsitum, an possit repetere. Præterea quod dicitur, eum qui pendente iudicio satisfecit actori, absolvi debere; sic intelligendum est, si modo hanc solutionem alleget iudici, & eo nomine postulet se absolvi. Quod si nihil alleget huiusmodi, & litem prosequens velit sententiam ferri, ut accidere solet his qui pecunias ita solutas cupiunt repetere: dubitandum non est, quin ut absolvi potest a iudice, sic possit & condemnari, si caussa postulare videbitur. Est enim officium iudicis, non divinare quæ gesta sunt inter litigatores, quod nec potest, sed fidem eorum, quæ in lite probata sunt, sequi. *L. illicitas, §. veritas, D. de off. præs.* Stet igitur hæc sententia, in *L. Iulianus*, 60. *de cond. ind.* non modo repetitionem soluti non denegari ei, qui solvit iam absolutus, sed maxime hanc repetitionem illi confirmari; cum eo responso hæc repetitio solum adimatur ei, qui verus debitor cum esset, etiam pendente iudicio solvit. Quo tempore ut absolutus non erat, sic nec exceptionem rei iudicatæ habuit. Quæ omnia certa sunt in eo, qui absolutus solvit; ut qui nec ante convictus fuerit debuisse, & post rem iudicatam nactus sit eam exceptionem, qua sit, ut nec debeat in præsentia, nec probari possit in præteritum debuisse.

XIV. Summa sit de indebito, quod plane non debeatur, de quo nunc quærimus: re indebitum esse id cuius soluti nomine non sit repetitio, non id tantum, quod quis nullo iure debeat, sed etiam quod ita debeat iure civili, ut propter aliquam exceptionem perpetuam, quam habeat, peti non possit. *d. L. si non sortem, §. interdum, de cond. ind.* Proinde qui hanc habeat, per errorem solutum repetere posse. *d. L. qui exceptionem, eod.* præterquam si exceptio erit pœnæ caussa, seu in odium creditoris caussa constituta. *L. si pœnæ*, in pr. *d. L. qui exceptionem, eod.* Scilicet quia qui eiusmodi exceptionem habet, debet natura. Quod genus debiti sufficit ad inhibendam indebiti condictionem. *d. L. si pœnæ, eod. L. sed si*, in fin. & seq. *D. de sen. Mac.* Huius generis exceptionem esse senatusconsulti Macedoniani. *d. L. qui exceptionem. d. L. sed si* in fin. Mihi unam hanc occurrere huius generis. Cæteras perpetuas in ea caussa esse videri, ut quoniam sint solum comparatæ reorum caussa, non in odium creditoris, si quis unam aliquam ex his habeat, & per errorem solverit, possit solutum repetere. In eo numero maxime præter cæteras haberi debere duas, quæ magno & certo errore excipiuntur vulgo ab interpretibus, exceptionem doli mali, & exceptionem rei iudicatæ. Quod de

utra-

utraque non dubiis argumentis planum fecimus.

XV. Illud hoc loco monendi sumus, istius generis perpetuas exceptiones habendas esse, non tantum quæ competunt ad plenam liberationem obligationis, sed etiam quæ sunt ad rei debitæ perpetuam retentionem, quandiu non præstetur reo, quod illi in ea re a creditore ante traditionem præstari debuit. Unde & in his receptum est, ut si reus, omissa per errorem huius præstationis quæstione, rem debitam solvat, possit rem condicere quasi non eo modo debitam, ut solvit, ut sibi præstetur illud, quod prius præstari debuerat. Exempla hæc sunt. Cum fundum ex caussa venditionis ita deberem, ut in tradendo deberem prius excipere iter, liberum & non imposita servitute fundum per errorem tradidi. Incerti condicam, ut iter mihi concedatur. *L. sed et si*, 22. *§. ult. D. de cond. ind. d. L. si tibi*, 8. *D. de act. empt.* Condicam, nempe fundum, quem non debui liberum, & quem per exceptionem retinere potui, donec mihi iter exceptum esset. Condicam incerti, id est condictione indebiti, quæ & ipsa in hac specie incerti est. Potest enim emptor conventus fundum retradere venditori, ut servitutem imponat Potest etiam ipse emptor imponere, ut venditori citius satisfaciat. Utrum autem horum faciat, incertum. Et ut horum nihil præstet, quod & ipsum fieri potest; tamen res ad eandem incertitudinem redit. Nulla enim hic adversus non præstantem alia condemnatio est, quam in id quod interest, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re iud.* Eius autem quod interest, æstimatio incerta, *d. L. si quis ab alio.* in pr. *L. si pœnam* 68. *D. de verb. obl.* Est & in hac specie actio ex vendito. *L. si binarum, D. de servit. urb. præd.* Differunt tamen horum actionum intentiones. Nam ex vendito in id competere videtur, ut emptor ipse servitutem imponat, quod illum ex bona fide præstare oportet. Condictio repetit ipsum fundum ad servitutem ab ipso venditore imponendam. Aliud exemplum: Heres cum fideicommissum deberet ita, ut satisdationem a fideicommissario exigere posset, & ut Marcianus loquitur, a fideicommissario posset sibi cavere, cautione non exacta, fideicommissum solvit. Rescriptum est eum quasi indebitum plus debito solutum repetere posse, ut ei caveatur. *L. si quis cum*, 39. *D. de cond. ind.* In hac caussa fideicommissum esse solet, cum legata quædam testamento relicta sunt sub conditione, quorum conditio si exsistat, futurum sit, ut legata dodrantem excedant. Hic si quædam pure relicta sint, præstantur illa quidem præsenti die; sed propter metum futuri periculi cautione prius a legatario exacta, fore, ut quod amplius, quam per legem Falcidiam licet, legatarius ceperit, id se restituturum. *L. is cui, D. ad leg. Falc. L.* 1. *D. si cui plus quam per leg. Falc. lic.* Eiusdem rei exemplum & hoc, si is qui hereditatem vendit, & emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat, non retinuit. Ubi placuit etiam venditorem repetere traditum per condictionem posse, quasi plus debito solutum. *L. si is qui*, 45. *D. de cond. ind.* Habuit enim venditor ab initio huius debiti exactionem per hereditatis retentionem. *L.* 2. *§. ult. D. de her. vel. act. vend.* Aliud eiusdem rei Heres qui insulam legatam, eandemque exustam ante diem legati cedentem suis sumptibus refecerat, eam sumptibus non deductis restituit. Visum est hunc quoque posse incerti condicere (nempe insulam, ut sumptus retineat) quasi plus debito dederit. *d. L. qui exceptionem*, 40. *§.* 1. *D. de cond. ind.* At enim insulam omnino debebat heres. Quinimmo & solum fuit legatarii, & quod solo impositum est, soli conditionem sequitur. *L. Paulus, §. domus, D. de pignor. L. si rem, §. aream, D. de solut.* Sed hac lege debuit heres restituere, si sibi impensæ refecti operis præstarentur; ut hoc minus debere videatur. Et hoc de herede recte respondetur in area legata ante diem legati cedentem ædificante, quia tantisper ædificat in sua. Sic enim verum est fideicommissarium & aream & ædificium in ea positum ab herede obligato accipere. Diversum [3] est, si quis cum in aliena area ædificasset, eam restituat non deductis impensis. Negat Iulianus hic condictionem locum habere in *L. si in area, D. de cond. ind.* hac ratione, quod qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit. Qui autem ædificium in area sua ab alio positum occupat, nullum negotium contrahit. Quippe ædificium ab area sua accipit, non a possessore. *L. si quis sciens, C. de rei vind.*

CAP.

3) Aliter Cuiac. 8. *ad Afric. in L.* 30. *de Act. Em.* Ex quibus caussis retentionem vel deductionem ipso iure habemus, actionem non habemus, ea soluta certi condicimus *d. L.* 30. *L.* 5. *§. ult. de imp. in res dot.* Ex quibus vero non ipso iure, sed opposita exceptione doli ea certi non condicimus *L.* 53. *L.* 51. *h. t.* incerti condicere possessionem possumus *d. L.* 40. *§.* 1. Male & resistit *d. L.* 51 *L.* 98. *§.* 4. *de Sol. L.* 11. *C. de R. V.* Aliter Pac. 4. *Quæst.* 8.

C A P. XIII.

Etiam a perſonis eorum, inter quos res agitur, indebitum dici quod per ſe vere debitum, tamen aut non debetur, ei cui ſolvitur, aut non debet qui ſolvit: Atque hinc quoque ſoluti repetitionem eſſe: Qua conditione.

Debitum æſtimari non re tantum, ſed etiam ex dantis & accipientis perſonis. I.
Solutum ei cui non debeatur, licet re debitum, poteſt ab eo repeti. II.
An eius quod creditor ab eo, qui non debebat, recepit, ſit tamquam indebiti repetitio. III.
Proponitur antinomia, ut vocant L. ſi pœnæ 19. §. 1. *cum* L. repetitio 44. D de condict. indeb. *& cum* L. de hereditate cod. de petit. hered. IV.
Quorumdam improbatur conciliatio. V.
Præfertur Accurſii & Bartoli diſtinctio. Hæc ratione & auctoritate defenditur & illuſtratur. VI.
Item conciliationi ſuperiorum LL. commodiſſima demonſtratur. VII.

I. Atque hæc debiti & indebiti definitio eſt, ſi quidem hoc ſolum quæritur, quod re ipſa debitum eſt, ut debeatur ab aliquo alteri, aut re indebitum, ut debeatur a nullo. Sed, ut propoſui, non ex re ipſa ſolum, verum etiam ex perſonis dantis & accipientis debitum & indebitum æſtimandum eſt. Et hoc eſt. Cum quid vere debebitur, ſiquidem etiam debitum fuerit ei, cui ſolvitur, & debitum ſimul ab eo, qui ſolvit: tum erit, quod ſolvitur omni ex parte debitum; tum etiam ſoluti inhibebitur repetitio, tanquam vere debiti ſoluti. Sin quid debebitur quidem re vera, ſed aut non ei, cui ſolvitur, aut non ab eo, qui ſolvit, placet indebitum ſolutum videri, eiuſque per errorem ſoluti non minus eſſe repetitionem. *L. in ſumma, 65. §. ult. D. de cond. ind.*

II. Et illud quidem dubitationem non habet, quin ſi ei cui ſolvitur, non debetur, poſſit repetere is, qui dedit, quanvis re vera debuerit. Finge debitorem ei ſolvere, quem creditoris ſui heredem putabat, aut ei, quem putabat creditoris procuratorem. Etſi ſolvit is, qui debuit; tamen huic non debuit. Quam etiam ob cauſſam nulla eſſe poteſt ei qui accepit, ad retinendam pecuniam ſine cauſſa acceptam defenſio.

III. Alterum illud incidit in dubitationem, ſi quis recipiat ſibi debitum, ſed ſolvente per errorem eo, qui non debeat, quæriturque, an ſit etiam hoc caſu ſoluti tanquam indebiti condictio: Veluti ſi quis heredem ſe falſo exiſtimans, ſolverit creditoribus hereditariis.

IV. Dubitationem loci in ſpeciem diſſidentes faciunt. Nam & hic condictionem eſſe generalis definitio eſt in *d. L. in ſumma, 65. §. ult. D. eod.* Et nominatim traditur in hac ipſa ſpecie in *L. ſi pœnæ, 19. §. 1. eod.* Negat, ut videtur *L. repetitio, 44. eod. L. de hereditate, C. de pet. her.* Et quo magis hos locos contrarios eſſe putemus, ſpeciem habent iiſdem verbis conceptam; & tamen in hac ipſa ut videtur, contrarias definitiones. Nam in *L. ſi pœnæ, §. 1.* Sic definitio eſt. *Quanvis debitum, ſibi quis recipiat, tamen ſi is qui dat, non debitum dat, repetitio competit.* Veluti, ſi quis heredem ſe vel bonorum poſſeſſorem falſo exiſtimans creditori hereditario ſolverit. In *L. repetitio* contra definitio in hæc verba; *repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit*; tametſi ab alio, quam a vero debitore ſolutum eſt.

V. Neque nunc eo quis confugiat ad hæc concilianda, ut [1] quidam, ut dicat hoc poſterius dictum eſſe de eo, qui quod ſuum eſt omni ex parte, recipit; prius autem de eo, qui recipit tantum ſibi debitum. Suum enim recipere maxime proprie dicitur, ille quidem, qui rem dominii iure ſuam recipit, ſed non minus & ille dicitur, etſi minus proprie, qui ſibi debitum recipit. Cum autem de debito agitur, quod fit in poſteriore quoque definitione, ut ſoluti verbum indicat: non aliud valet ſuum, quam ſibi debitum. Diciturque creditor ſuum recipere eadem forma, qua ſuum perſequi, ſuum obtinere, ad ſuum pervenire: omnia

[1] Tilem. Stella (quem refellit Zaſius ut notat. *in d. L.* 44. Goth.) Gib. Reg. 1. *Enant.* 12. anaphorice ſcribens rem propriam deberi & ſolvi, & P. Grangian. *Paradoxis.* 19. quod refellunt Lopez. *d. C.* 13. Charond. *d. C.* 15.

mnia de eo quod ei debetur, ut alias monui. *L. cum duobus*, 52. §. *idem respondit*, *D. pro soc.* *L.* 6. §. *apud*. *D. quæ in fraud. cred.* *L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* *L. si non sortem*, 26. §. *libertus*, in fin. *D. de cond. ind.* Atque hanc esse sententiam superioris definitionis sequentia evidenter ostendunt, quibus declaratur agi de eo, quod solutum est, & solutum ab alio quam a vero debitore. Non solvitur, nisi quod debetur, & si fuit debitor aliquis rei solutæ, utique & ea res debita fuit. Quoque minus dubitemus ita eam definitionem accipi debere, exstat eadem iisdem verbis concepta in *L. de hereditate*, *C. de pet. her.* Sed nominatim relata ad creditores; qui certe aliud recipere non potuerunt, quam sibi debitum. Sic enim verba sunt: *nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest*.

VI. Quid ergo est? Et recte Accursius itemque Bartolus hac distinctione rem explicant, ut qui non debitum dat, repetere possit etiam ab eo, qui suum sive sibi debitum recepit, si quidem solvit suo nomine: sin nomine debitoris, nulla sit repetitio. At de huius sententiæ ac distinctionis ratione si quæritur, non est obscura. Non est enim debitum, nisi ubi duo sunt, quorum uni debeatur, & alter debeat. Quantumvis igitur debeatur alicui pecunia: non tamen debitam, solutam possis dicere, nisi is solvat, qui debet; aut quod proximum est, solvat debitoris nomine. Neutrum horum est in eo qui cum non debeat, solvit errans suo nomine, quasi ipse deberet. Iure ergo hunc indebitum solvisse dicemus, eique eius indebiti soluti condictionem dabimus. Quod si quis nomine debitoris solvit, quia id facere iure potest, ut etiam absentem & invitum liberet; *L. solutione*, 23. *L. solvere*, 53. *D. de solut.* vel hæc ipsa liberatio debitum solutum fuisse ostendit, quasi solvisset ipse debitor. Ut proinde hoc casu necesse sit cessare soluti condictionem adversus eum qui sibi debitum receperit. *L. si non sortem*, 26. §. *libertus*, in fin. *D. de cond. ind.* Neque hanc definitionem quisquam stultam esse dixerit, repeti non posse ab eo, qui sibi debitum recepit, cum ei nomine debitoris solutum est, quasi de eo nemo iuste possit dubitare. Sane enim si quis sciens se nihil debere, ultro solvat nomine debitoris, nulla sit dubitatio. Sed fieri potest, ut qui nomine debitoris solvit, ideo solvat, quia se ei tantundem debere existimet. In quo iuste dubites, an non possit repetere. Propterea quod & non debuit ipse, & per errorem solvit: quæ duæ res iunctæ parere solent condictionem. Ergo huic dubitationi commodissime illa definitio superior opposita est, qua generaliter definitur, nullam esse repetitionem ab eo qui sibi debitum recepit, si quidem ei nomine debitoris solutum est, quanvis qui solvit, non debuerit. Scilicet ut intelligeremus, ne tum quidem, cum quis solvit errans debitoris nomine, esse a creditore repetitionem. Idque ita esse nominatim adducta superiore dubitationis caussa declaratur his locis. *L. pure*, 5. §. *pen.* *D. de dol. & met. exc.* *L. si quis delegaverit*, 12. *D. de novat.* *L. si donaturus*, §. 1. *D. de condictio. caus. dat.* Neque tamen isti solventi denegamus simpliciter indebiti soluti condictionem. Quid enim? cum is neutri debuerit neque creditori, neque debitori, & per imprudentiam eum solvisse constet, non condiceret; & condictio indebiti per errorem soluti generaliter constituta, in hac caussa cessaret? quamobrem? Habet igitur & hic repetitionem; sed ut repetat a debitore ipso, cui debitum non fuit: cuius nomine solvendo & eum liberando, cum eius negotium gesserit, perinde est, quasi ipsi solvisset. Solum enim a creditore, qui suum recepit, repetere posse negamus. Hoc in *d. L. pure*, §. *pen. de dol. mal. exc.* & *L. si quis delegaverit*, *D. de novat.*

VII. Constat igitur sibi ipsi superior distinctio, & auctoritate ac ratione iuris certa defenditur. Sed de eo potissimum nunc non agitur. Agitur de superioribus locis, quos in hac re verbis dissentientes paulo ante proposuimus, quæriturque, quomodo his conveniat superior distinctio, in quibus quæstione communiter posita de eo, qui suum & sibi debitum recepit ab eo qui non debuit, de eo contraria respondentur, dum in aliis traditur repetitionem esse ab eo qui recepit; in aliis negatur. Nulla utrobique addita distinctione, utrum qui solvit, suo nomine solverit, an debitoris. Nos vero hanc ipsam distinctionem ex ipsis locis recte defendemus. Sic definitio est *L. repetitio*, *de cond. ind.* & *L. de hereditate*, *C. de pet. hered.* nullam repetitionem esse ab eo, qui suum recepit, quanvis non debuerit, qui solvit. Et si nihil hic adiicitur aperte de animo solventis, quasi is debitoris nomine solverit, non suo: tamen hoc ipsum verba vi sua satis exprimunt. Observandum est enim non simplici-

pliciter dici nullam eſſe repetitionem a creditore, ſed a creditore, qui ſuum recepit. Suum aut ſibi debitum recipere ſolus is proprie dicendus eſt, qui recipit aut a debitore ipſo, ut ab alio quidem, ſed [a] nomine debitoris. Nam cum ut dixi, conſtat omne debitum duorum perſona, debitoris & creditoris; ſi quid dederis creditori, in quo dando non verſetur debitor, omnino id debitum dici non poteſt: proinde nec creditor in eo ſibi debitum recepiſſe. Hæc cum ſit proprietas. & ſignificatio verborum: quandiu non apparet aliud ſenſiſſe ſcriptorem, tamdiu ipſi ſignificationi ſtare debemus. *L. non aliter*, 69. *D. de leg.* 3. *L.* 1. §. *licet*, illic, *in re igitur dubia*, *D. de exercit. act.* Sed hoc tandiu, inquam, quandiu non apparet aliud ſenſiſſe ſcriptorem eum qui loquitur. Quod ſi apparet, tum recte placet ſententiam potius ſpectandam eſſe, quam verba. *d. L. non aliter*, *de leg.* 3. At hoc ita fit in *L. ſi pœnæ*, 19. §. 1. *D. de condict. indeb.* ubi Pomponius de eo loquens, qui ſibi debitum recipit ab eo, qui non debitum dat, & adverſus eum qui recipit, indebiti condictionem dans, ſentiat de eo creditore, cui nec a debitore, nec nomine debitoris ſolvitur: proinde & de eo ſolvente, qui nec debeat ipſe, nec ſolvat nomine debitoris, ſed ſuo, quaſi ipſe debuiſſet. Intelligitur hæc ſententia primum ex eo, quod proponit ſolutum dari ab eo, qui non debitum dat. Non dicit non a ſe debitum, ſed generaliter non debitum. Quapropter hoc datum intelligit, quod neque ab ipſo debitum ſit, neque ab alio, cuius nomine ſolvat. Tum autem hanc ſignificationem exemplum ſubiectum & ratio exemplo addita non obſcure confirmat. Veluti, inquit, ſi is qui ſe heredem falſo exiſtimabat, creditori hereditario ſolverit. Qui talem ſe ſerio exiſtimat, non poteſt in hoc errore, quin ſuo nomine ſolvat, cum ſe ſolum debitorem eſſe exiſtimet, non alium, quia ſe ſolum heredem putat. Addit; hic enim neque verus heres liberatus erit. Non ergo profecto heredis nomine ſolutum erat. Certi enim iuris eſt, ſolvere quemque poſſe pro alio, ut eum etiam invitum liberet, nedum ignorantem. *L. ſolvere*, 53. *D. de ſol.* Quod cum Pomponium ſenſiſſe appareat, etſi fortaſſe minus proprie dixit eum creditorem, cui ita ſolutum eſt, ſibi debitum recepiſſe; tamen cognita eius ſententia, a ſignificatione propria verborum recedere, & ſententiam ſequi debemus. At enim, dicat aliquis, de eodem poſſeſſore agitur in *L. de hereditate*, *C. de pet. her.* Non ita eſt. Proponitur enim illic poſſeſſor, qui bona quidem fide aliquando hereditatem poſſederat: ſed cum quo poſtea iudicio agi cœptum erat, & quidem ita, ut adverſus eum pronuntiatum eſſet. Hic quidem poſt litem conteſtatam bonæ fidei poſſeſſor eſſe deſinit: certe de iure ſuo incipit dubitare. *L. ſed etſi*, §. *ſi ante*, *D. de her. pet.* Ac tum is incertus iuris ſui ſolvit creditoribus hereditariis bona fide: id eſt nomine hereditario: negotium videlicet hereditatis bona fide gerens, non ut prædones ſolent, ſuum: ut ſolutio cederet in rem heredis, ſive ipſe heres eſſe poſtea declararetur ſive petitor. Poteſt quidem ſolutum ſecundum verba illic ſic accipi, quaſi poſſeſſor ſolviſſet ante litem conteſtatam tum, cum adhuc ſe heredem falſo exiſtimaret, & ſolveret ſuo nomine. Sed quod dicitur poſſeſſor creditoribus hereditariis exſolviſſe bona fide, eaque conditione denegatur ei condictio, ſatis arguit de eo dici qui ſolvit nomine hereditario, cum iam de iure ſuo cœpiſſet dubitare. Bona enim fides præſtatur in alienis negotiis gerendis. *L. bona fides*, *L. quod Nerva*, *D. dep.* Sua autem quiſque proprio arbitrio gerit, utpote rei ſuæ dominus & arbiter, nulli rationem redditurus, utrum bene, an male rem geſſerit. *L. in re mandata*, *C. mand.* Sed & ratio ab Antonino illic ſubiecta ſatis hoc illum ſenſiſſe confirmat. Nam repeti, inquit, a creditoribus, qui ſuum receperunt, non poteſt. Locutus erat igitur prius de iis cre-

[a]) Budæ. *ad L. ult. de adil. ed.* veram pugnam ſtatuit. Sed cum Accurſio diſtinguit quoque ita Cuiac. 8. *Obſ.* 9. & 7. *ad Afric. in L.* 38. §. 2. *de ſolut. in fin.* Coſtal. *ad d. L.* 19. §. 1. Mozz. *de Cond. indeb.* C. 4. *n.* 10. Duar. *b. t.* C. 7. Pac. 4. Q. 1. Diff. Charon. 2. *Veriſim.* 15. quia in *dd. LL.* ait, diſtinctionis huius nulla mentio. Ideo ipſe diſtinguit aut nullo modo debuerit qui ſolvit ut *d. L.* 19. §. 1. an vero ſit utcunque debitor, ſed alius quam verus, ut *d. L.* 44. ſcilicet ſi debitor ſit principalis debitoris. Briſſ. *Lib.* 2. *de ſolut. Tit. de Delegatione p.* 306. refert *d. L.* 44. ad debitorem delegatum, ſi per errorem promiſerit vel deceptus a delegante. Tribonianum autem ſingulare thema inſcite ad regulam generalem traxiſſe. Scite Greg. Lopez. *Animadv.* C. 13. admiſſa quidem diſtinctione Accurſii quoad diſſolut. *d. L.* 10. §. 1. & *L.* 5. *C. de pet. her.* non autem quoad *d. L.* 44. quia ſi exinde deciſiſſet, IC. utique expreſſiſſet, ita pugnam tollit: Aut quantitas, ex. gr. 10. a Seio debita, ſolvitur Caio creditori, a Titio, ſuo, non creditoris nomine. Hic repetitio *d. L.* 19. §. 1. & dantis, non accipientis perſona ſpectatur. Aut ſpecies, ex. gr. Davus a Seio debitus ſolutus Caio a Titio ſuo nomine. Hic deficit repetitio *d. L.* 44. Ratio differentiæ. Illic decem ſoluta & ex parte rei debitæ & accipientis reſpectu indebita ſunt; denique indebitum datum eſt ſive ſolventem ſive accipientem ſive quod ſolutum eſt reſpicias. Hic ex parte rei ſolutæ vere debitum eſt. Conſentire videtur P. Greg. ſatis aperte non eloquens 22. *Synt.* 9. Aliter & nove Mat. Lickiama *Lib.* 6. *Membran. Eclog.* 17.

creditoribus, qui suum receperant. Ergo de iis, quibus solutum erat nomine heredis, eiusdemque debitoris, ut esse horum verborum propriam significationem ante ostendimus. Neque vero ab hac significatione recedendum est, quandiu in eo rescripto nihil urgeat, quo scriptorem aliud sensisse probetur.

C A P. X I V.

Indebitum per errorem solvi oportere, ut sit soluti repetitio: Item per errorem facti, non iuris. Cur hæc? Et quis in hac repetitione error facti, quis iuris.

Indebitum repeti, si fuerit per errorem solutum. I.

Ideo qui solvit sciens, non repetit. Sciens ab ignorante quid differat. II.

Nisi tamen id actum, ut si error appareat, repetatur. III.

Dubitantis eadem, quæ errantis conditio in soluti repetitione. IV.

Errorem facti, non iuris prodesse ad repetitionem indebiti. V.

Contrariis occurritur. VI. VII. VIII. IX.

Iuris errorem minoribus, fœminis, militibus, rusticis non nocere. X.

Quid sit error facti, quid iuris error. Exempla utriusque. XI.

I. AC de debito ac indebito satis. Tertium exigimus ad caussam soluti repetendi, ut indebitum solutum sit per errorem.

II. Qui indebitum sciens solvit, non repetit. *L. indebitum, C. de cond. ind. L.* 1. *L. index*, 28. *D. eod.* Idemque est, etsi indebitum sciens tanquam debitum promiserit. *L. si is qui perpetua*, 24. *D. eod.* Cur minus, qui sciens solvit, quam qui ignorans; cum uterque pariter solvat indebitum, id est det ob eam caussam, quæ nulla est? Quia qui ignorans indebitum solvit, ideo solvit, quia putat se necesse habere solvere. Qui hac opinione est, aperte non vult donare. Ut enim aliquoties iam diximus, nemo in eo, quod necesse habet, aut se putat necesse habere facere, liberalis intelligitur. *d. L. rem legatam, D. de adim. leg.* Qui autem cum sciat se non debere, id est nulla necessitate cogi ad dandum, nihilominus dat, intelligitur [1] donare, ex donati definitione. *L. Campanus, D. de op. lib. L. donari, D. de reg. iur.* Hinc regula iuris, *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est*, *L.* cuius per errorem, *D. de reg. iur.* Donati porro nulla repetitio. *L. cum ancillam, L. si repetendi, C. de cond. ob cau. dat.* Quid tamen si is, qui sciens indebitum solvit, hoc [2] animo sit, ut postea repetat? Si nihil amplius, quam hac mente fuit, repetere non poterit. *L. quod quis*, 50. *D. de cond. ind.* Semper enim verum est, eum qui nullo iure cogente sciens dat, donare intelligi. *d. L. donari, D. de reg. iur.*

III. Diversum est, si quis sic solvat indebitum, ut si apparuisset esse indebitum redderetur. Merito hic repetitionem locum habere responsum est *L.* 2. in pr. *D. de cond. ind.* duabus de caussis. Primum quod hic a dubitante indebitum solutum esse apparet. Neque enim sciens superiorem conventionem interponeret: non solveret potius, quam pecunia soluta remedium quæreret. Porro ut per errorem, ita & per dubitationem solventi æque indebiti condictio est, ut mox dicetur. Deinde quod hac conventione interposita negotium inter dantem & accipientem gestum est, ut est in *d. L.* 2. atque hinc actio civilis præscriptis verbis. *L. solent, D. de præscr. verb.* Quod si fingeremus eum qui sciens indebitum solvit, idem pacisci, æque huic eandem actionem ex negotio gesto competere diceremus. Nulla conditione adiecta, ut a sciente donatio est, ita nec datum repeti posse, diserte

1) *L.* 26. §. 3, *&* *L.* 62. *h. t.* Duar. *h. t. C.* 3. Si scilicet & accipiens non deberi sciat. Quod si is ignoret, donatio non est, quæ nec fit nisi scienti. *L.* 18. *de reb. cred.* Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. v. donatione largitus n.* 342. Menoch. 3. *Præsumpt.* 31. Nec tamen huic condictioni locus, cum possit imputari actori cur solverit. *L.* 7. §. 1. *Qui sat. cog.* Posse autem repeti condictione sive caussa vult Mozz. *de Cond. ind. C.* 1. *n.* 5. de quo dubito. Unde & Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 10. *& seqq.* regulam quod a sciente solutum non condicatur, aliquot modis restringit: quæ tamen exceptiones fere regulæ non conveniunt, nec insunt; & *n.* 17. *& seqq.* ubicumque alia quam donationis præsumptio, coniecturave capi potest, condictionem concedi censet, de quibus illum consule.

2) Quia propositum in mente retentum nihil operatur. Ergo necesse est ut mentem istam verbis exprimat.

ferte scriptum est in *L. si repetendi, C. de cond. ob cau. dat.*

IV. Et quoniam de errante definitio iuris superior concepta est, quæstio hinc nata de co, qui dubitans indebitum solvit; quod paulo ante attigimus. Neque enim qui de debito dubitat, continuo errat. Is errare proprie dicitur, qui ita ignorat, an sit debitum; necne, ut certo sibi persuadeat debitum esse. Dubitare autem potest is, qui putet esse debitum, sed tamen an sit debitum certo, nesciat. Quo fiat, ut veritus ne sit debitum, malit solvere. Quæritur igitur, an quæ erranti tribuitur indebiti condictio, eadem danda sit & per dubitationem solventi. Et placuit dandam. Cautum Iustiniani constitutione, in 3 *L. ult. C. de cond. ind.* Nec difficile fuit id ex vetere iure sumere, & colligere ex verbo erroris per comparationem maiorum. Nam qui credens se debere solvit, omnino hoc animo est, ne repetat, ut hoc animo inspecto nulla possit ei esse repetitio. Qui autem dubitans solvit, qua parte cogitat fieri posse, ut sit indebitum, saltem hac parte hoc animo est, ut repetat, si postea re diligentius quæsita, compertum erit non deberi. Quare si erranti nihilominus repetitio datur, multo magis danda est dubitanti, cui animus suus minus obstat ad repetitionem.

V. Non est satis ad repetitionem soluti, indebitum solutum esse per errorem. Quartum exigimus, ut solutum sit per errorem 4 facti. Quod per errorem & ignorantiam iuris solutum est, repeti non potest, non magis quam si quis sciens solverit. Scio aliter docere vulgo interpretes ad *§. is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* ad *L. cum quis, C. de iur. & fac. ign.* & aliis locis, ubi occasio incidit. Sed & hic manifestus error est, recte notatus nostra ætate primum ab 5 Eguinario Barone ad *d. §. is quoque.* ut monui supra *Lib. 1. Cap. 21.* qua parte errorem iuris etiam in damnis nocere ostendi. Sed quia illic attigi brevius disputationi tum institutæ serviens; nunc ubi de hac specie ex professo agitur, de eo dicam paulo fusius, ne quid dubitationis adversus hunc errorem relinquatur. Prodita vero est, ut & illic scripsi, hæc erroris distinctio in repetitione indebiti soluti tam apertis locis, ut de alia quavis sententia potius, quam de hac liceat dubitare. Mitto *L. si per ignorantiam, L. fideicommissum, C. de cond. ind.* quibus in locis repetitio indebiti soluti nominatim datur hac conditione, si solutum sit per errorem facti. Qua conditione deficiente satis intelligitur repetitionem denegari. Sed possunt excogitari rationes, quibus in speciem dicatur idem probandum esse etiam in errore iuris: quando nihil aperte contra de eo illic expressum est. At ne qua hic esset tergiversatio, sunt alii loci, quibus comprehensum est de utroque errore diserte, non solum ut dicatur esse soluti repetitio, si quis solverit per ignorantiam facti: sed etiam si quis ius ignorans solverit, nominatim denegetur. Loci hi sunt. *L. cum quis, C. de iur. & fac. ignor. L. error, C. ad leg. Falc. L. regula, §. pen.* in fin. *D. de iur. & fac. ignor.*

Tom. III.

VI. Quid autem adfertur contra, cur id non placeat de errore iuris? Primum moventur vulgo iis locis, in quibus ex professo regula traditur de repetitione indebiti, qui simpliciter & generaliter ita scripti sunt. Indebitum per errorem solutum repeti posse. *d. §. is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl. L. 1. C. de cond. ind. L. 1. L. qui exceptionem,* 40. *D. eod.* Auget dubitationem, quod in toto *Titulo Digestorum de condictione*, qui uni huic repetitioni explicandæ destinatus est ex professo, quanvis sit prolixus, nusquam tamen fit mentio erroris facti, ut huic tribuatur repetitio, aut erroris iuris, ut huic denegetur: sed ubique simpliciter tribuitur errori, seu erranti & ignoranti. Sic ergo ratiocinantur: Quoties lex scripta est generaliter, nec speciem ullam vel personarum vel rerum exprimit, ad quam referatur, præcipitur ita accipiendam esse, ut scripta est, idest ita ut nullæ species ex eo genere excipiantur. *L. metum,* 9. *§. 1. D. quod met. cau. L. item veniunt, §. petitam,* vers. *a quo, D. de her. pet. L. si servitus, D. de servit. urb. præd.* Posuimus autem ius de repetitione soluti

Bbbb 2 ita

3) Ubi ratio dubitandi expressa, quia videtur præsumenda transactio, quæ est de re dubia. Ratio decidendi, quia nec dubitans habet animum donandi, nec præsumi potest transactio, quæ nullo retento vel promisso non procedit. Duar. *h. t.* C. 3. *fol.* 903. add. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 4. Ubi *n.* 12. idem esse in eo qui dolo inductus & persuasus solverit ex *L.* 25. *infr. Pr. de probat.* verbis: *quod per dolum accipientis, vel iustam ignorantiæ caussam.*

4) Etiam proprii *L. sed etsi* 12. *Pr. h. t.* Vasq. *C.* 63. *n.* 3. Pac. 4. Q. 2.

5) DD. vulgo & cum iis Zas. *in Rub. h. t. n.* 6. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 5. & *n.* 33. distinctionem iuris & facti erroris admittunt in indebito civiliter tantum, debito autem naturaliter. Volunt enim naturalis debiti, facti errore soluti, repetitionem esse. Quod & refellunt Duar. *h. t. Cap.* 3. P. Fab. ad *L.* 53. *de R. I.* Vital. 2. *Var. Lect.* 22. Rob. 1. *Sent.* 6. probans nec naturale debitum ex quacunque ignorantia, repeti, quia hæc condictio provenit ab æquitate naturali, ut quod alterius apud alterum sine caussa est, revocetur. Habita autem naturalis æquitatis ratione non est sine caussa apud alterum, quod natura debitum fuit. *L. 1. de pact. &c.* & C. *seq.* 7. DD. rationes expendit ac refellit. Add. Facian. 8. *Contr.* 106. & 10. *contra* 11.

ita scriptum esse, ut tribuat repetitionem omnibus qui per errorem solverunt, nec distinguitur, quo errore, facti, an iuris. Quocirca utrumque errorem comprehensum esse, & dare soluti repetitionem intelligere debemus.

VII. Adversus hanc obiectionem duæ sunt defensiones certæ, eædemque non admodum intellectu difficiles, si quis modo attendere voluerit. Una hæc expedita. Superioribus locis, qui ab istis proferuntur, nihil distinguitur de errore. Ita est: sed aliis locis & distinguitur, & diserte de errore iuris expressum est, quod per hunc errorem solutum sit, repeti non posse. Hos igitur ut ad interpretationem aliorum, & ad exceptionem erroris iuris positos, id est ut certos minimeque dubios sequi debemus, & secundum hos generalitatem, id est ambiguitatem aut incertitudinem aliorum interpretari. Id facere iubemur duobus præceptis iuris notissimis. Adversus quæ manifeste se facere declarant interpretes, cum eos alteros & eos speciales locos non sunt secuti. Unum hoc est: incivile esse nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita iudicare vel respondere. *L. incivile*, *D. de legib.* At totum hoc corpus iuris civilis, quo utimur, una quodammodo lex est Iustiniani: qui testatur se omnia hic scripta sua facere: *L. 1. §. omnia. L. 2. §. tanto, C. de vet. iur. enucl.* Est igitur incivile & contra hanc legem ex quibusdam locis iudicare & pronuntiare in universum de tota hac repetitione, omissis aliis in quibus certo adiicitur aliquid vel detrahitur. Alterum præceptum est huc maxime pertinens, quo monemur, in toto iure generi per speciem derogari, & id potissimum haberi, quod ad speciem directum est, *L. in toto iure, D. de reg. iur.* Id ad hunc locum ita pertinet. Quibusdam locis definitur, quod per errorem solutum est, repeti posse. Generaliter hoc quidem per errorem: sed nihil amplius. At aliis locis certis excipitur ex eo genere error iuris, dum nominatim ita traditur, quod hoc errore solutum est, non posse repeti. Quapropter quod ad hanc speciem erroris directum est, id potius haberi oportuit.

VIII. Altera defensio est non minus certa & expedita. Etiamsi ubique definiretur generaliter, solutum per errorem repeti posse, nec usquam exprimeretur in hac specie repetitionis de eo quod solutum est errore iuris: tamen verbo solo erroris intelligere debemus errorem facti, non iuris. Et vero ita accipere oportet, quoties in iure generaliter occurrit verbum erroris. In quo hæc ratio est iuris certi; quia scilicet error iuris pro errore non habetur: seu, qui iuris imperiti id ius ignorant, & per hanc ignorantiam in eo errant putantes id ius esse, quod non est, perinde habentur ut ipsis noceat, quasi scirent, nec errarent. Denique in eadem caussa sunt cum his, qui sciunt. Argumento hæc sunt. Opponuntur stulti errantibus diserte in *L. regula*, *§. pen.* in fin. *D. de iur. & fac. ignor.* *Sciant*, aiunt Imperatores, *ignorantiam facti*, *non iuris prodesse*; *nec stultis succurri solere*, *sed errantibus*. Stulti igitur errantes non sunt, cum his opponantur. Stultos autem illic rescriptum vocat, quos prius dixerat imperitia iuris lapsos. Traditur etiam in *L. 4. D. quod vi aut clam.* Non debere melioris conditionis esse stultos, quam peritos. Quod plane id ipsum est, quod proposuimus. Stultos enim iam ante diximus intelligi imperitos iuris. Idque non difficile est intelligi ex antithesi superioris sententiæ. Præterea scimus edictum *quod metus caussa*, generaliter scriptum esse de metu, in hæc verba, *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo.* L. 1. *D. quod met. cau.* Et tamen a veteribus constanter edictum sic acceptum est, ut non putaretur pertinere ad vanum & non iustum metum. *L. 5. L. 6. D. quod met. cau.* Hac ratione, quæ regula iuris comprehensa est, quia vani timoris non iusta excusatio est. *L. vani*, *D. de reg. iur.* Id multo iustius de errore iuris diximus, ut cum scilicet alicubi ita ius scriptum erit generaliter, ratum non habendum, quod per errorem solutum est, non pertineat ad vanum errorem, qualis est error iuris: quoniam huius erroris multo minus iusta sit excusatio, quam vani metus. Nam stultum metum plerumque adfert infirmitas naturæ: iuris ignorantia uni stultitiæ nostræ & perversitati adscribenda est. Cuius rei ratio exposita rem omnem expediet, & quam recte in hac re ab errore facti distinguatur, ostendet. Iam primum hoc constat certi iuris sententiam esse hanc, quæ traditur in *L. 2. D. de iur. & fac. ignor.* in omni parte errorem in iure non eodem loco, quo facti ignorantiam haberi debere. Adiicitur ratio differentiæ, *cum* inquit Neratius, *ius finitum & possit esse & debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.* Ratio obscurior fortasse, sed quæ id ipsum indicet quod quæ-

quærimus. Significat enim facti errorem iustam excusationem habere: errorem iuris, nullam. Quippe excusatione dignissimum esse, si quis ignoret ea, quæ etiam prudentissimos fallunt. In hoc genere autem esse facta, eorumque interpretationem. At carere venia eum, qui ius ignoret, quod finitum, id est definitum ac certum esse possit, & debeat, eoque & quæsitum statim sciri. Sed quoniam dici potest ius posse esse finitum & debere, sed tamen non esse, eoque etiam nunc locum esse veniæ, si quis id ignoret: addamus, quod sit certius ad omnem excusationem hic præcidendam. Hoc ergo dicimus amplius quodcumque est, & qualecumque id ius publicum, quod constitutum est, & quo utimur, tale esse, ut nulli permittatur id ignorare. Cautum in *L. pen. C. de iur. & fac. ignor. L. leges sacratissimæ, C. de legib.* Quod quidem nihil aliud est, quam si quis ignoret, nullo iure se posse in ea re tueri. Neque iniquum quisquam putet, hanc cognitionem ab omnibus exigi. Nam ut est in *L. in bonorum. D. de bonor. possess.* non exigitur hic scientia iuris, qualis sit in iuris prudentibus; sed qualem homines communi sensu præditi consequi possunt aut per se, aut consulendo prudentiores. Hoc quidem posterius omnes possunt præstare, & cum de solutione agitur, non ante solvere, quam consilio prudentiorum sint usi. Si non fecerunt, & ita in errore iuris manentes solverunt perperam, aperte ipsorum culpa est. Proinde error nec iustus nec probabilis. Atque hoc modo de generalitate eorum locorum, qui de hac repetitione scripti sunt, abunde satisfactum puto.

IX. Sed præcipue vulgo se moveri ostendunt duabus sententiis Papiniani, quæ videntur erranti in iure repetitionem soluti dare. De quibus respondebo ordine. Sed brevius, ac tantum quia necesse est attingi hoc loco. Nam & ante de his respondimus non solum eodem illo *Cap. 21. Lib. 1.* sed etiam eiusdem *Lib. Cap. 22.* ubi quis esset sensus earum definitionum, & quibus in caussis locum haberent, copiose quod satis sit, ostendi. Una ergo sententia est in *L. iuris ignorantia, D. de iur. & fac. ignor.* his verbis, *iuris ignorantia suum petentibus non nocet*. De hac vero sententia satis est hoc loco moneri idem, quod illo *Cap. 21.* diximus, non pertinere eam ad condictionem indebiti: quoniam qui indebitum repetit, non petit suum, sed alienum. Qui enim aliquid solvit, is dominium transfert in accipientem; quo translato simul ipse dominus esse desinit. *L. dominus, 53. D. de cond. ind.* Eiusque rei certissimum argumentum est, quod indebiti repetendi caussa datur condictio indebiti. *§. is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Nemo rem suam condicit, præterquam a fure, aut malæ fidei possessore. *L. ult. D. us. quem. cau. §. sic itaque, Inst. de act.* Altera sententia est Papiniani non admodum dissimilis superiori in *L. error.* seq. *D. de iur. & fac. ign.* in hæc verba: *omnibus iuris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet*. Sed & ex verbis apparet, non magis hanc sententiam pertinere ad repetitionem indebiti, quam superiorem. Qui indebitum repetit, ut maxime dicatur damnum facere rei suæ, si hanc solvendo transfert, nec licet repetere: nullo tamen modo dici potest in ea repetitione laborare de damno rei suæ amittendæ. Primum non de damno rei suæ, quia res eius esse desiit solutione, ut ante ostendimus. Deinde ob eandem caussam non de damno rei amittendæ, quia non videtur rem amittere, cuius propria non fuit. *L. non videtur rem, D. de reg. iur.* Sic fit ut dici possit laborare de damno rei olim suæ iam ante [6] amissæ. Laborare autem de damno rei suæ amittendæ dici non possit.

X. Quod tamen dicimus per errorem iuris solutum repeti non posse, ex iure communi dictum intelligendum est. Cæterum iure singulari quibusdam personis tributum est, ut iis ius ignorare liceat, certe in his hæc ignorantia sit excusata, ac proinde ne iis quidem in repetitione indebiti soluti noceat. Quo in genere minores, fœminæ, milites, rustici. *L. regula, D. de iur. & fact. ignor.* de quibus & ipsis in eadem quæstione diximus eodem *Cap. 21. Lib. 1.*

XI. In cæteris hoc discrimine erroris posito, ut facti ignorantia det soluti repetitionem, iuris error non admittat: quærendum erit, quid hic per errorem facti solvi intelligatur, quid per errorem iuris. Quod utriusque erroris cognitione assequemur. Etsi autem quid esset utrumque, & quibus ex rebus esset æstimandum, satis in eadem illa quæstione in universum exposuimus, eiusdem *Lib. 1. Cap. 19.* tamen quo magis id ipsum in hac specie intelligatur, non abs re est propius utrumque

6) Aliter Duar. vid. *supra Lib. 1. Cap. 21. N. 2.* aliter Pac. 4. Q. 5. Damnum hic non ex errore, sed solutione. Quia dempto errore, si sciens solvisset, non ageret, nec nunc agit propter errorem, ne error iuris prosit, & actionem pariat.

que definire, quatenus indebiti solutioni conveniat. Licet igitur rem explicare hoc modo. Si nullum omnino factum præcessit ad obligationem, facti error est, si quis id præcessisse existimat, dum tale esset, ut si præcederet, iure obligaretur. Ut si putet se debere ex stipulatu, ubi nulla omnino præcessit stipulatio; si ex empto, ubi nullum omnino factum emendi. Neque hic locum habere potest error iuris. Quod si aliqua caussa ad eam rem præcessit, sed in qua aliquid obstet obligationi, sive quod ab initio caussa iure non valuit, sive quod propter exceptionem postea natam non habuit effectum: hic sic recte dicturi esse videmur, facti errorem hic esse, cum quis ignorat factum esse, propter quod aut obligatio non consistit ab initio, aut exceptio postea secuta est. Contra iuris esse errorem, cum in eo scit factum esse, propter quod vere non debet, sed nihilominus putat iure se debere, quasi vel obligatio nata sit ab initio, vel non sit postea liberatus. Uno aut altero exemplo res plana fiet. Testator legavit centum ultra dodrantem. Si quidem non ultra dodrantem legata essent, constaret deberi. Nunc quia hoc intervenit, ut ultra dodrantem, sunt indebita propter legem Falcidiam, quæ supra dodrantem legari vetat. *L. 1. D. ad leg. Falc. Inst. de leg. Falc.* Nihilominus heres dum putat se ea debere, solvit per errorem. Comperto errore suo repetit. An possit, quæritur. Distinguemus hoc modo: Si aut ignoravit quantitatem patrimonii quam maiorem putavit, atque erat: aut ignoravit quantitatem legatorum, quæ putavit pauciora esse, quam erant re vera, & ob id credidit dodrantem hereditatis abunde sufficere omnibus legatis; in hoc errore repetet, quia erravit in facto: ignorans videlicet id factum esse, propter quod non debebat, id est legatum esse supra dodrantem. Quod si scivit quantitatem legatorum & patrimonii, atque ita centum illa excedere dodrantem hereditatis, & nihilominus putavit se iudicio testatoris obstringi, ut præstet; non repetet. Erravit enim in iure, sciens factum esse, propter quod vere non debebat, nempe legatum esse supra dodrantem, & nihilominus putans iure se teneri: quod secus est. Hæc sententia *L. error, C. ad leg. Falc. L. regula, §. pen. D. de iur. & fac. ignor.* Sit & hoc exemplum in exceptionibus. Diximus eum qui exceptionem perpetuam habet, per errorem solutum repetere posse. *L. qui exceptionem, 40. D. de cond. ind.* Hoc sic accipimus, si per errorem facti solvit, non per errorem iuris. Quibus ergo ex notis ista in hac re distinguimus? Nempe his, Si debitor ignoravit ea facta esse, propter quæ huiusmodi exceptiones nascuntur, quibus iisdem fit, ut non debeat: repetet. Erravit enim in facto. Sin scivit ea esse facta, & nihilominus putavit se teneri, non repetet, quia erravit in iure. Propone plenius hoc modo. Creditor pactus est cum debitore se ab eo non petiturum. Hic quæsita est debitori perpetua exceptio pacti conventi. Vel actore iusiurandum deferente reus iuravit se non debere. Hinc exceptio perpetua iurisiurandi reo. Vel egit quis iudicio cum debitore. Debitor absolutus est. Hinc nata debitori perpetua exceptio rei iudicatæ. *§. præterea*, & duobus seqq. *Inst. de except.* Atque hæ exceptiones reo semel quæsitæ transeunt etiam ad heredes eius, & fideiussores. *L. exceptiones quæ, D. de exc. L. si pactum, D. de prob.* Quod de heredibus & fideiussoribus ideo propono, ut facilius in his procedat quærere, si forte hi nihilominus solverint, iurisne errore id fecerint, an facti: cum in eos maxime cadere possit etiam error facti, ut qui in re aliena iuste ignorare potuerint, quid actum sit cum defuncto. *L. qui in ius, D. de reg. iur.* Secundum hæc faciamus heredem debitoris istius, aut fideiussorem, dum ignorat se superioribus exceptionibus liberatum, solvere creditori per errorem, quasi adhuc deberet. Cognito errore si repetit, hæc erit distinctio ad superiores definitiones accommodata. Si ignoravit pactum, iusiurandum, rem iudicatam intervenisse cum defuncto, aut principali reo, repetere poterit. Erravit enim in facto, ignorans facta esse ea, propter quæ exceptionem habuit re vera, id est iure prætorio non debuit. Quod si scivit superiora omnia facta esse, & aut non putavit ad se pertinere earum rerum exceptiones, aut quæsita exceptione non putavit ideo se liberatum, cessabit repetitio. Sic enim iuris error est, dum scit facta esse, propter quæ vere non debuit; putat tamen iure se teneri.

CAP.

C A P. XV.

Indebitum per errorem quanvis facti solutum, ex una caussa repeti non posse: Quæ hæc caussa, & quam rationem exceptio habet. Plures exceptiones vulgo allatas esse ineptissimas, atque adeo exceptiones non esse.

Solutum ex caussis, ex quibus lis inficiando crescit, etiam si ab ignorante & per errorem, non repeti. Quæ caussæ eiusmodi. I.
Contraria proponuntur. II.
Bartoli defensio improbatur. III.
Contrariis efficaci alia via & ratione occurritur. IV. V.
Solutum per errorem ex actionibus, quæ habent dupli pœnam vel quadrupli initio constitutam repetitur, & quare. VI.
Alias Accursii exceptiones non esse tales. VII.
Singularum cum regula comparatione ostenditur. VIII.
Immo ad regulam nihil pertinere. IX.
Summa iuris de soluti indebiti repetitione constituti. X.

I. HUcusque iuris certi regula repetitionis soluti caussas continens. Indebitum per errorem facti solutum repeti posse. Ea cæteris in rebus perpetua unam hanc exceptionem habet, quæ traditur in *L. ea quæ, C. de cond. ind.* & *§. ult. Inst. de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* Ex quibus caussis res petita in lite, seu lis ipsa crescit per inficiationem, ex his caussis etiam ab ignorante indebitum solutum repeti non posse. Dicitur res petita crescere in lite, & quod idem est, lis crescere, id est actio, *L. litis, D. de verb. signif.* cum ab initio adversus continentem simpli actio est: quod si is, eum quo agitur, inficietur, datur actio adversus inficiantem in duplum. Ut sic inficiatione crescat altero tanto & res petita, & lis seu actio huius rei nomine competens. Id intelligimus exemplo actionis legis Aquiliæ, quæ dicitur isto modo crescere per inficiationem in *d. §. ult. de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* Sic enim de ea actione traditum est in *L. inde Neratius, §. pen. D. ad leg. Aquil.* Hæc actio adversus confitentem competit in simplum; adversus negantem in duplum. Caussæ, in quibus lis crescit isto modo, sunt tres. Actio legis Aquiliæ de damno dato, *d. L. inde, §. pen.* Actio depositi ex his caussis, si quid tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum erit, *L. 1. §. 1. D. dep.* Actio legatorum seu fideicommissorum relictorum ecclesiæ, vel locis publicis alimoniæ pauperum destinatis, ut nosocomiis, orphanotrophiis, & similibus. Tres has caussas complexus est Iustinianus uno in loco in *§. sed furti, Inst. de act.* Ergo quod quis ex una aliqua harum caussarum solverit confitens, quanvis indebitum sit, & solutum ab ignorante, tamen non repetet ex superiore exceptione. Exemplo sit una pro omnibus actio legis Aquiliæ. Emisit quis telum; quo tempore etiam acciderat, ut bos vicini occideretur non tamen eo ictu, sed alieno facto. Qui emiserat, convenitur, quasi occidisset. Is forte metuens, ne si neget se debere, lis infitiatione duplicetur, maluit confiteri, & simplum præstare. Deinde compertum est, bovem ab alio esse occisum. Placet etsi minime debuerit ex his caussis, & per errorem facti solverit, nihilo tamen magis eum, quod solvit, [1] repetiturum.

II. Sed videntur omnia tam quæ sunt iuris certi, quam quæ æquitatis manifestæ, huic sententiæ & exceptioni reclamare. Primum generaliter traditum est ignorantem seu errorem facti nulli nocere. *L. error. L. regula*, in pr. *D. de iur. & fact. ignor.* Et id quidem summa ratione: quoniam ut ante diximus, facta etiam prudentissimos fallunt. Immo vero etiam factorum interpretatio. *L. 2. D. eod.* Multo magis ignota facta, quæ divinare non potuimus. Huc accedit ius constitutum de repetitione indebiti in omnibus aliis caussis. Sic enim definitio est ea, de qua diximus, indebitum per errorem facti solutum repeti posse. Cur excipiantur potius superiores caussæ, in quibus lis crescit per inficiationem? non

1) Exc. in minore, qui habet hoc casu restitutionem in integrum. Nam de huiusmodi loquitur *L. 25. Pr. de min.* ut ibi A. Faber.

non videtur ulla ratio reddi posse. Nam primum, non omnes istæ actiones sunt ex delicto. Sed etsi sit aliqua, ex delicto, qualis est actio legis Aquiliæ, tamen nihil hoc adversus eum, qui solvit, si ipse nihil deliquit. Nunc autem proponimus eum, qui nihil deliquit, nec quidquam debuit.

III. Nihilo magis rem expedit, quod Bartolus de hac re [a] scripsit ad *L. eleganter*, 23. *§. ult. D. de cond. ind.* Ait enim ideo ex his caussis cessare soluti simpli repetitionem, quia in his simplum solvatur transactionis causa: ac quod transactionis causa datur, licet indebitum, repeti non possit, ut ob causam datum, quæ causa tunc sequitur, cum discedítur a lite. *L. in summa*, 65. in pr. *D. de cond. ind.* Et est omnino vis hæc transactionis. At quomodo in hac specie transactionis nomine dari intelligitur, quod solvitur, ut debitum? sic enim de his caussis traditur, indebita ex his soluta repeti non posse. *d. L. ea quæ*, *C. de cond. ind.* & *d. §. ult. de obl. quæ quas. ex contr.* Qui dat, inquit ille, simplum ex his caussis, dat ideo, ne in dupli condemnationem incidat propter inficiationem. Ex quo colligit eum simpli solutione de duplo transigere videri. Male colligit. Sunt enim omnia in hoc facto transactioni contraria. Hic qui dat simplum, solvit ut debitum. Unde dicitur debitum per errorem solvi. Quod transactionis causa datur, id actor accipere non cogitur, ut transigat, idest a lite discedat. Constat enim transactio duorum consensu. *L. interpositas*, *L. non minorem*, *C. de trans.* Est autem contra consensum cogi quidquam invitum accipere. *L. sicut*. *C. de obl. & act.* At in proposito cum simplum solvitur ex superioribus caussis, cogitur actor id accipere. Solvitur enim illi, quod debetur: ac solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Præterea nulla transactio est, ubi totum solvitur, quod debetur aut petitur; sed cum actor ita quid accipit, ut partem remittat eius, quod petit; vel ita remittit totum, ut aliud accipiat. *L. transactio nullo*, *C. de trans.* At hic qui simplum solvit ab initio, solvit totum quod petitur, & debetur; nam actio adversus confitentem non est nisi in simplum. Quare quod ex his caussis solvitur, nullo modo transactionis causa dari, aut valere intelligi potest. Ita manet etiam nunc eadem difficultas, quæ supra, quæ efficit etiam in his caussis repetitionem soluti dari debere ei, qui indebitum per errorem facti solvit, itidem, ut in cæteris caussis omnibus: quod hic negamus.

IV. Et ut de eo iam respondeam, nulla esset plane ratio huius exceptionis defendendæ, & non posset non esse iniquissima, ac contra ius manifestum, si quod solvitur ex his caussis a confitente, omnino esset indebitum. Sed quod hic ab initio indebitum fuit ante confessionem, lex post confessionem debitum facit. Qua & ipsa de causa solutum non repetitur, ut vere debitum solutum. Animadvertendum est enim in istis caussis, de quibus superior exceptio concepta est, actionem in simplum dari non in delinquentem, eumve qui prius debuisset, sed in confitentem, *d. L. inde*, *§. pen. ad leg. Aquil.* Ergo in confitentem sive deliquerit, sive non deliquerit, sive depositum acceperit, sive non acceperit, sive legatum ecclesiæ relictum debeat, sive non debeat. His vero verbis efficitur debitum a confitente, quod prius ab illo debitum non erat. Declarat definitio debiti. Id enim maxime debitum est, quod quavis actione iure constituta peti & ab invito exigi potest. *L. 1. §. pen. & ult. D. de pec. const. L. debitor*, *D. de verb. signif.* Iam vero in his caussis cum quis agnovit debitum confessione, etiamsi prius non debuerit, constituta est adversus eum actio simplum, quæ & dicitur confessoria. *d. L. inde*, *§. pen. & ult. ad leg. Aquil.* Debet igitur simplum ex his caussis sine dubio, qui confessus est; & qui post hanc confessionem simplum solvit, debitum solvit. Quam ob caussam etiam iure ei denegatur actio vel ex regula communi superiore. Non est enim repetitio, nisi indebiti soluti. Atenim huic defensioni adversantur verba ipsa exce-

a) Et Cuiac. 1. *Sent. Pauli* 19. videtur, ait, quasi redemptum hoc pretio soluto periculum inficiationis & dupli. Duar. *h. t. C.* 11. *f. ult.* rationem hanc reddit. Ne alias fraus fieret L. Aquiliæ, quo ad pœnam contra inficiantem statutam. Nam si repetitioni locus, tum qui damnum dedit & æstimationem solvit, condicendo quasi ipse non dedisset damnum, posset experiri an adversario sint probationes. Et si non posset adversarius probare damnum datum, ille solutum reciperet: si posset, non quidem recipere, pœnam tamen L. Aq. effugeret, quippe quæ irrogatur damnato ex ea lege, non ex alia caussa. Quæ solida non videntur. Neque enim si condictionem indebiti instituit, adversarii erit probare se debitum accepisse, sed condicentis se indebitum solvisse, idque per errorem, tum ex generali iuris regula; Actoris est probare; tum quia adversam sibi habet iuris præsumptionem. Ratio autem nostri inde firmari potest, quod confessi in eadem caussa cum iudicatis. Illud vero mihi vix probatur, quod Donellus vult, licere convento illis actionibus, nec fateri, nec negare, item ea lege solvere &c. Posito enim ita iure, vix erit illius definitionis veterum, ut vocat *d. §. ult.* (Unde apparet rem contentionibus & fori disputatione agitatam fuisse) usus aliquis, nemine nisi resupino & rei suæ non satagente simpliciter confessuro.

exceptionis, quibus nominatim comprehensum est indebitum solvi, & in hoc ipso indebito quanvis per errorem soluto denegari repetitionem. Sed exceptio loquitur de eo indebito, quod ante confessionem & solutionem fuit, & hoc declarat, etsi quid ita fuit ab aliquo indebitum, si tamen ab eo tanquam debitum per errorem agnoscente solutum sit, repeti non posse. Sic ergo res habet, quod ex his caussis post confessionem solvitur: diverforum temporum habita ratione recte dicitur indebitum, & debitum. Si spectamus caussam & originem confessionis, seu id tempus quod confessionem antecessit, sine dubio est indebitum quod solvitur ab eo qui tanquam debitum per errorem solvit. Quod si spectamus eius confessionem & id tempus, quod inde secutum est, cœpit confessione eius debitum fieri ex lege, quod ante erat indebitum. Atqui post id tempus secuta est solutio. Solutum igitur debitum post id tempus. Quæ caussa, ut dixi, inhibet repetitionem.

V. At etiam hic occurritur. Nam vel hoc ipsum iniquum est, ex his caussis constituere actionem adversus confitentem, & errantem, qui prius non debuerit. Semper enim redeundum est ad illud superius, quod & nobis utraque manu retinendum est, nulli ignorantiam & errorem facti nocere debere. Quo fit, ut nec debeat ita nocere, ut propter confessionem ab errore profectam incipiat debere, qui prius non debuit. Sed nihil hic iniquum constituere ex his caussis actionem in simplum adversus confitentem, quanvis non debuerit. Constituendi ratio hinc nata. Prius illud utile visum est constituere ex iisdem caussis actionem in duplum adversus infitiantem. Non sane quia gravitas delicti in his caussis id postularet; alioqui conveniebat eam pœnam adversus delinquentem constitui iam ab initio. Sed factum hoc consilio, ut apparet, ut metu pœnæ ab eo, cum quo agitur, extorqueretur statim confessio; qui cum sciret infitianti dupli pœnam propositam, si convinceretur; mallet in re dubia simplum præstare, quam sub incerto iudicii eventu pœnam dupli subire. Quo nihil æquius. Sic enim fit, ut metu huius pœnæ actor primo quoque tempore perveniat ad ius suum. Et superiores caussæ præcipue hanc æquitatem maturæ solutionis flagitare videbantur. Hoc iure posito, consequens fuit, ut constitui deberet actio ex iisdem caussis in simplum non adversus delinquentem, sed adversus confitentem quemlibet: quia si non obstringeret confitentem hæc confessio esset elusoria: quippe inutilis actori ad ius suum mature consequendum; contra quam lex factum esse voluit. Quare si prius illud utile atque æquum, necesse est & tale videri hoc posterius, quod ad eandem utilitatem pertinet. Et vero quo facilius id admittamus, caret hoc ius omni iniuria. Etenim si is, cum quo agitur, debet, ut confitetur, omnes intelligunt actionem adversus eum æquissime constitutam. Si non debet, tamen ne hic quidem fit ei iniuria, si constituitur actio adversus confitentem: cum possit eam multis modis evitare. Nam si certus est se damnum non dedisse, non accepisse depositum, non obligari legato, potest tuto infitiari, & sine metu ullius pœnæ. Quod enim dicitur actionem esse in duplum adversus infitiantem, sic intelligendum est, si quidem postea convincatur falso negasse. *L. negantes, C. de obl. & act.* Si ignorat quid sit in re, est in potestate eius non confiteri, ut nec pœnam infitiationis metuat. Potest enim non confiteri, & tamen nec negare, sed respondere se ignorare, & paratum esse solvere, si probetur a se deberi. Præterea licet ei solvere hac lege, ut si appareat esse indebitum, reddatur. Quo casu repetitio locum habet tanquam ob negotium contractum. *L. 2. D. de cond. ind.* Recte ergo dicimus hic constitutam esse actionem in simplum adversus confitentem: hac constituta, debitum fieri, quod prius ante confessionem erat indebitum: debito constituto consequens esse, quod traditur hac exceptione, si quid tale ex his caussis solutum sit ab eo, qui ignorans debitum agnoscat, repeti non posse. Id iam eo fieri, non quod error facti illi noceat contra regulas iuris, sed quod noceat debitum. Cuius soluti, quocumque animo solutum sit, nulla est repetitio.

VI. Sed meminerimus huic exceptioni tunc locum esse in iis actionibus pœnalibus, in quibus pœna dupli statuitur non simpliciter ab initio, sed sub conditione, si quis infitietur, quod petitur. Aliud iuris est in actionibus pœnalibus, quæ statim ab initio constituuntur ad certam pœnam dupli, vel quadrupli; qualis est actio furti, nec manifesti, item manifesti. Ex his caussis placet solutum ex falsa caussa repeti posse non minus, quam ex cæteris omnibus, ex quibus iure communi solutum per errorem repeti potest. *L. eleganter, 23. §. ult. D. de cond. ind.* Ut puta, cum diceretur filius meus aliquid surripuisse; ego ignarus a quo furtum factum esset, & tamen occurrere volens infamiæ iudi-

iudicii (damnatus enim furti fit infamis. *L.* 1. *D. de his qui not. inf.*) statim solvi duplum aut quadruplum ei qui sibi dicebat rem surreptam. Si compertum sit postea furtum factum esse ab alio quam a filio, recte repetam per errorem solutum. Cur hæc tam varie, cum furtum sit delictum gravius quam damni culpa dati, ac propterea æquius sit furem magis teneri? *arg.* in §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Sed nihil hic facit gravitas delicti ad impediendum soluti repetitionem, si is qui solvit, non deliquit, nec debuit. Debitum est, quod hanc repetitionem adimit; indebitum, quod tribuit; & in eo istius iuris differentia versatur. Differentiæ igitur ratio certa hæc est, quod quibus in caussis pœna dupli aut quadrupli statim ab initio constituitur, in his nulla habita infitiationis aut confessionis ratione constituitur actio adversus delinquentem. Puta hoc modo: si quis furtum faxit, in nec manifesto dupli, in manifesto, quadrupli pœna esto. Proinde si quis hic non deliquit; quia nihil adfertur ex *L.* cur is debere possit, sive neget, sive confiteatur; ideo per errorem solutum tanquam omnimodo indebitum recte repetet ex regula communi & æquissima. At iam diximus in quibus caussis pœna dupli est ex infitiatione, in his constitui simpli actionem non in delinquentem, sed in confitentem, licet non deliquerit. His verbis fieri, ut qui confessus est, quanvis prius nihil debuerit, nunc tamen sua confessione obligetur. Atque hinc videlicet inhibita soluti tanquam exinde debiti repetitio.

VII. Sed ut regulæ communis a nobis expositæ hæc exceptio est, quam modo dixi: ita etiam una non plures. Nam quæ aliæ traduntur ab Accursio ad *d. L. eleganter*, 23. §. *ult. D. de cond. ind.* & ad §. *is quoque*, *Inst. quib. mod. re contrah. obl.* sunt ineptissimæ, atque adeo tam non sunt exceptiones, quam quod minime. Quod & nobis statuendum est, ne vagemur errore, quasi hactenus non sint complexi veteres, quæ ad hanc repetitionem pertinebant. Id autem ita fiet, si reputabimus quid sit proprium exceptionis, animadverterimusque quam nihil istorum, quæ ille scribit, haberi possit in hoc numero, si cum regula superiore conferatur. Quid est igitur exceptio? oratio quæ detrahit aliquid de regula: oratio detrahens eam rem, quæ verbis regulæ generalibus comprehensa erat, & quæ nisi inde eximeretur, contineretur iure ac definitione regulæ. Quid autem illæ, quas isti vocant huius regulæ exceptiones? Omnes eiusmodi, quæ non modo nihil detrahunt regulæ propositæ, sed maxime eam confirmant; eiusmodi certe, quæ verbis regulæ non solum non continentur, sed etiam maxime removentur: ut valde stultum sit novis verbis excipere velle, quæ etiam non excepta non continebantur regula. Id iam ex collatione regulæ, & istarum exceptionum intelligetur. Regula hæc est, Indebitum per errorem solutum repeti potest. Si exceptio est id quod dixi, non potest ulla exceptio huius regulæ intelligi, nisi in qua hæc omnia concurrant, ut solutum quid sit, indebitum, & solutum per errorem, quod tamen repeti non possit. Scilicet ut sic detrahatur de regula, ad quam verbis pertinebat, ac nisi exceptum esset, contineretur eadem definitione. At omnes illæ exceptiones Accursii sunt de aliis rebus omnibus, quam de indebito per errorem soluto. Aut enim sunt de debito, aut de indebito quidem, sed quod non solvitur, aut de eo quod solvitur a sciente, non per errorem.

VIII. Ait igitur, quod quis condemnatus ex caussa iudicati solvit, eum repetere non posse. *L.* 1. *Cod. de cond.* [*ind.*] Recte. Sed hoc nihil ad regulam. Hæc enim est de indebito. Ex iudicati caussa solutum 3) maxime debitum. Est enim iudicati actio ad id exigendum constituta. *L. actori*, *Cod. de reb. cred. & iur. L. miles*, §. *ult. D. de re iud.* Scimus autem id maxime debitum esse, quod ab invito exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. signif.* Ait, cum deferente reo actor iuravit sibi deberi, quod ex ea caussa solutum est, repeti non posse. *L. nam postea*, *D. de iureiur.* Vere hoc quoque. Sed quia debitum solutum est, non quia indebitum contra regulam repetatur. Nam & hic non minus actio est ex caussa iurisiurandi, quam ex caussa iudicati. *d. L. actori*, *Cod. de reb. cred.* §. *item si quis*, *Inst. de act.* Quod non magis ad regulam pertinet, quam prius. Ait, cum mater filiæ nomine dotem dedit se eo nomine obligatam credens, repetere eam non posse, quia etsi vere non debeat, impediat tamen pietatis caussa. *L. cum is*, 32. §. *mulier*, *D. de cond. ind.* Sed & hoc debitum est, ut superiora; debetur enim

3) Quanvis in veritate forte fuerit indebitum, tamen auctoritas sententiæ facit debitum, Duar. *h. t. C.* 11. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 27. *& seq.* Exc. Nisi ratione novi casus emergentis æquitas indulgeat repetitionem ex caussa indebiti soluti, tum enim est condictio sine caussa *L.* 2. *de cond. s. ca.* Male autem Accursius generatim sic solutum repeti condictione sine caussa, quam reprobat Vasq. *d. n.* 28. aliquot alias exceptiones subiiciens, quæ ex illo petendæ.

enim natura, ut ostendimus in obligatione naturali. Ait, quod quis transactionis nomine dederit, ut actor a lite discederet, repeti non posse. Et hoc quoque certi iuris. *L. in summa*, 65. in pr. *D. de cond. ind. L.* 2. *Cod. eod.* Sed alia ratione ad regulam non pertinet. Datur enim hic quidem indebitum: sed datur, non solvitur. Regula autem est de indebito soluto. Solvitur, quod datur solutionis caussa, id est tanquam ante debitum, eoque ob caussam praeteritam, ex qua id debeatur. Quod transactionis nomine datur, non datur ulla necessitate praecedente cogente, sed ob caussam futuram, ut a lite discedatur. Quae caussa cum secuta est, satis est caussae ad datum retinendum, quanvis nihil ante debitum fuerit, *d. L. in summa, de condict. ind. L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Postremo ait, eum repetere non posse, qui sciens indebitum solvit. Nihil verius. *L. indebitum, Cod. de condict. ind.* Sed non magis hoc ad regulam, quam superiora, cum regula concepta sit de indebito soluto per errorem. Quae cum omnia tam aperte ad regulam non pertineant, valde stultum est ea excipere a regula, quae non modo ea non contineantur, sed etiam excludantur. Suntque omnino exceptiones similes his, si quis dicat indebitum solutum repeti posse, nisi sit debitum: aut si leget omnes libros quos habet in bibliotheca, exceptis statuis & imaginibus, quasi scilicet quisquam tam esset stultus, qui putaret debitum indebiti appellatione, aut statuas appellatione librorum contineri, ut haec ex prioribus excipi oporteret. Neque vero ex caussa iudicati solutum excipi a regula putandum est in *L.* 1. *Cod. de cond. ind.* cum ita scribitur: *pecuniae indebitae per errorem, non ex caussa iudicati solutae esse repetitionem*. Haec enim verba, non ex caussa iudicati, non exceptionem habent, sed adversativam orationem, qua significatur indebiti per errorem soluti repetitionem esse; non autem soluti ex caussa iudicati, quod est debitum, non indebitum. Sic nec excipitur transactionis caussa datum in *L.* 2. *C. eod.* cum dicitur promissum per errorem ab eo, qui non debeat, condici posse, nisi ex caussa transactionis id factum sit. Nam promitti quid potest, & ob caussam praeteritam tanquam debitum, & ob caussam futuram, ut a lite discedatur, id est transactionis caussa, ut cum verbis definitionis superioribus contineatur transactio, apte haec inde excipiatur.

IX. Atenim dicet aliquis, constat ex superioribus caussis cessare repetitionem, Unde igitur id intelligemus? Non sane ex exceptionibus, quae nullae esse possunt, cum verbis regulae nihil contra positum fuerit: sed verbis ipsis regulae, quibus superiorum omnium repetitio excluditur. Cum enim dicimus indebitum repeti posse: aperte quidquid est debitum, excludimus. Cum dicimus repeti posse solutum; satis excludimus transactionem, & quidquid est, in quo quid non tanquam debitum datur, sed alia de caussa. Sic & cum volumus repeti posse, quod solutum est per errorem, quis non videt hoc verbo excludi solutum ab eo, qui sciat indebitum? Ratum sit igitur superioris regulae de repetitione indebiti positae, unam illam exceptionem esse, quam modo diximus.

X. Quo cognito summa iam haec erit de repetitione indebiti soluti, id est eorum, quae ob caussam praeteritam necessariam data sunt: Quod ob caussam praeteritam necessariam, id est tanquam debitum datum est, sic repeti posse, si haec quatuor interveniant, ut quid solutum sit, ut indebitum, ut solutum per errorem, ut per errorem facti. Si quid horum deerit, cessare repetitionem, ut in singulis his membris ostendimus. Si concurrent omnia, repetitionem esse, quam quaerimus, praeterquam si quid solutum sit ex iis caussis, in quibus lis crescit in duplum per inficiationem. Quanquam etiam in his ipsis, si vere iudicare volumus, locum habere potest sententia regulae communis; quia in his post confessionem debitum solvitur etiam ab eo, qui prius non debuit.

C A P. XVI.

Repetitionem indebiti non in vindicatione esse, sed in actione in personam, quæ est condictio indebiti. Hanc esse ex obligatione: obligationem ex contractu: contractum ex genere eorum, in quibus obligatio re contrahitur: & quantopere expediat id ita statui de contractu.

Actio ad indebiti repetitionem prodita non vindicatio est, sed condictio. Qui huius definitionis effectus. I. II.
Condictio ista ex obligatione; obligatio ex eo genere contractuum qui re perficiuntur. III.
Quorsum spectet diligens superioris obligationis perquisitio. IV.
Obligationem hanc ex re nasci. V.
Veterum dissensio, an ex contractu nascatur, ant ex quasi contractu. VI.
Quam utilis hæc quæstio. VII.
Eam obligationem ex contractu nasci multis ostenditur. VIII. IX. X. XI. XII. XIII. XIV. XV.

I. Constituta est ex sua caussa indebiti soluti repetitio. Deinceps, quæ huius repetitionis nomine actio sit, cognoscamus. Utrumne actio in rem, an in personam: & si in personam, unde & cuius generis obligatio sit, quæ hanc actionem pariat. Et ante omnia hoc statuamus dum ab eo, qui accepit, furtum abiit, nullam indebiti repetendi nomine actionem in rem esse ei, qui solvit, quasi is re soluta etiam nunc soluti dominus manserit. Nam, ut iam aliquoties diximus, qui solvit per errorem, dum in hoc errore hoc animo est, ut rem suam transferat in accipientem, tradendo transfert, transferendo dominus esse desinit. §. *per traditionem, Inst. de rer. divis.* Quo facto, eadem opera actionem in rem, si quam prius habuit, amittit, ut quæ non alii competat iure civili, quam domino. *L. in rem, D. de rei vind.* §. *sed istæ, Inst. de act.* Restat igitur, ut si qua hic actio est, sit in personam, quando non plura genera sunt actionum, quam hæc duo, in rem, & in personam, §. 1. *Institution. de action. L. actionum, D. de obl. & action.* Et est omnino hic actio in personam, condictio indebiti, videlicet hoc nomine constituta. §. *is quoque Inst. quib. mod. re contr. obl. L.* 1. *C. de cond. ind.* Unde & *Titulus D. & C. de condictione indebiti.* Scimus autem ut actio in rem vindicatio dicitur, sic omnem in personam condictionem appellari. §. *sic itaque Inst. de act. d. L. actionum, D. de obl. & act.* Atque hæc ipsa hic constituta, hoc ipso etiam vindicationem excludit, ut declaratur in *L. dominus*, 53. *D. de cond. ind.*

II. Effectus hic est, ut si is qui indebitum solvit, non possit suum consequi ab eo qui accepit, aut heredibus eius, quia forte solvendo non sint, res soluta illi perierit: ut quanvis extet & reperiatur apud alios possessores, non possit tamen ab his persequi, quia non sit ei actio adversus eos, cum quibus nihil negotii gessit, nisi in rem: hanc autem actionem de indebito soluto competere negemus.

III. Et quoniam hic condictio est, seu actio in personam, simul intelligimus esse ex obligatione, proinde & adversus eum, qui ea obligatione teneatur. *d.* §. 1. *Inst. de act. d. L. actionum, D. de obl. & act.* Unde igitur hæc obligatio? cum nulla hic sit, nisi ex una aliqua earum caussarum, quæ initio constitutæ sunt, contractu, quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio? Diximus esse ex contractu, & eo genere contractus, in quo obligatio re contrahitur. Quæ & caussa nobis huius generis obligationem in hoc genere contractuum numerandi.

IV. Quam recte, paulo pluribus discutiamus, ne huius obligationis & repetitionis caussa ignoretur: ignota etiam alios locos de ea scriptos; ordinem Pandectarum & Codicis in contractibus recensendis; divisionem adeo ipsam obligationum ex quatuor illis caussis superioribus ductam non solum in dubium vocet sed etiam evertat.

V. Et obligationem hic ex re nasci similiter ut in mutuo, diserte [1] scriptum est in §. *is quoque, Inst. quib. re contr. obl.*

1) Cuiac. 8. *Obs.* 34. indebitum solutum vocat Promutuum, quia magna illi cum mutuo convenientia. vid. Vult. *in* §. *item is* 4. *I. de O. Q. ex. contr. n.* 2. Quanquam nec in eo cum mutuo conveniat, quod solvitur indebitum, non tantum in quantitate, sed etiam re ac specie.

obl. Et recte: non enim prius quis obligatur ex hac caussa, quam res ei data fuerit solutionis caussa, ut initio diximus; ideft non prius, quam res data initium præbuerit obligationi. Quod & repetitionis, & restitutionis verba huius actionis propria satis ostendunt. Non enim potest natura res restitui, nisi quæ prius accepta sit. Et de hoc convenit inter omnes.

VI. De illo ambigitur, sitne obligatio ex contractu; quæ ideo huc pertineat, uti posuimus; an vero ex quasi contractu, ut propterea in eum ordinem potius a nobis redigi debuerit. Rem dubiam fecerunt non tam res ipsa, quæ mihi quidem contractum certo hic statuere videtur, quam veterum sententiæ, quæ de hac re in libris nostris ad nos pervenerunt. Iulianus quidem & Pomponius non obscure declararunt hoc se sentire, in indebito per errorem soluto nasci obligationem inter dantem & accipientem ex negotio inter illos gesto, tacite quidem: attamen ex negotio inter ipsos gesto, ideft ex contractu. Ille in *L. si in area*, 33. *D. de cond. ind.* hic in *L. is qui*, 13. in fin. *D. commod.* Atque ex hac sententia est etiam collocatio huius caussæ inter eas obligationes, quæ re contrahuntur, cum in *Pandectis*, tum in *Codice*. Subiicitur enim Mutuo: sequuntur alii contractus eiusdem generis, ut Commodatum, Pignus, Depositum. Nec dubium, quin ex eadem sententia & collocatione natum sit, quod inter has ipsas obligationes nominatim relata est hæc caussa in *d.* §. *is quoque*, *Inst. quib. mod. re contr. obl.* Sed dissentiunt Caius & Iustinianus, quorum uterque negat ex contractu esse, sed magis esse ait ex quasi contractu, seu ex distractu. Ille in *L.* 5. §. *is quoque*, *D. de obl. & act.* hic in *d.* §. *quoque* in fin. *quib. mod. re contr. obl.* & §. *pen. Inst. de obl. quæ quas. ex contr.* Utrum ergo verius? Et sunt sane superiora illa Caii & Iustiniani verbis ita scripta, ut si liceret ea sequi sine ulla interpretatione, non putarem morandum diutius, quin ultro & statim idem sequeremur. Nam de superiore collocatione, & aliis locis non ita diserte scriptis non deesset fortasse quod posset responderi. Sed quominus illa ita simpliciter sequamur, nimium multa prohibent. Quæ res facit, ut putem de eo nonnihil considerandum diligentius.

VII. Dixerit aliquis, otiosam esse hanc quæstionem, sitne hæc obligatio ex contractu, an vero ex quasi contractu. Nam si is qui indebitum accepit, nobis obligatur ad id reddendum, quid interest ad rationem iuris, utrum dicatur obligari ex contractu, an quasi ex contractu; cum sive hæc, sive illa caussa fuerit, æque actor suum consequatur, id quod solum quærimus? Multum vero interest omnibus modis. Primum ad certitudinem iuris constituti. Nam cum nulla sit obligatio nisi ex certis caussis, non potest quisquam certo statuere se teneri aliquam obligationem, nisi qui, certam caussam, unde illa nascatur, noverit. Sed & ad æquitatem iuris constituti, eoque ad studium eius retinendi pertinet posse eius iuris expedire rationem. Atque hæc ex caussa obligationis introductæ solum petitur. Neque vero ad hanc rationem & caussam iuris parum interest, utrum dicamus obligationem ex contractu esse, an vero ex quasi contractu. Nam qui ex contractu esse dicit, dicit esse ex conventione, optima & æquissima caussa obligationis introducendæ. Qui dicit ex quasi contractu, ex conventione esse negat: simul obscuram æquitatis quæstionem introducit, cur sine conventione, atque adeo contra quam is qui solvit, sentiebat, id est contra eius conventionem hæc obligatio sit introducta. Tum autem ad effectum etiam iuris, quem hic quærimus, id est ad obligationem ipsam inducendam, multum interest, utrum hic contractum esse placeat, an quasi contractum. Nam si dicimus hic contractum esse, iure optimo nascetur obligatio, quia conventione id actum est, ut sit in contractu. Sin contractum negantes, solum quasi contractum hic agnoscimus; non statuimus obligationem, sed tollimus, ut postea patebit. Quæ si ita sunt, non modo non est otiosa hæc quæstio, utra ex caussa illa obligatio sit; sed etiam necessario faciendum est, ut de ea certi aliquid statuatur, si obligationem, quæ hic quæritur, aut omnino aut certe iustam habere volumus.

VIII. Ego autem sic statuo obligationem hic nasci ex [2] contractu: ut vero ex quasi contractu aut ex distractu nascatur, neque

2) Consentit ex parte Mozz. *de Cond. ind. C.* 1. *n.* 2. *&* 3. Si rem accuratius expendamus, putat is, contractus hic non distractus. Nam licet distrahendi adsit animus, tamen actus ab effectu potius denominandus. Ac licet animus verus deficiat, tamen ex coniectura a lege inducitur & a priori deficit, ex post facto non item, Imperator vocat distractum, respectu animi dantis, alio respectu imo contractum statuit, quia inter contractus refert. Ita Mozz. Rain. Corf. 1. *Indagat.* 31. respectu accipientis contractum esse statuit, respectu dantis quasi contractum. Sed a recepta sententia illustribus Imperatoris, & IC. Caii testimoniis subnixa recedendum non est, quæ immerito hic a Donello absurditatis & inconcinnitatis arguitur. Quin imo, ut recte Hotom. in §. *item is* 4. *I. de O. q. ex contr.* nulla aliarum obligationum ex quasi contractu, a natura contractus alienior. In aliis scientia, in alteru-

neque regulas iuris, neque adeo naturam rei ullo modo pati posse. Ex contractu esse, non temere, aut quidquam innovandi studio dicimus, sed adducti iis rebus, quæ hanc sententiam non tam evincant, quam extorqueant: conventione contractus propria, quæ in indebito solvendo tacite interponitur de re reddenda; veterum aliorum auctoritate, qui hoc ipsum confirmant: in primis autem necessitate huius sententiæ, qua non admissa, secundum regulas iuris obligatio nasci non potest.

IX. De conventione sic ius est: Si id quod indebitum tanquam debitum per errorem solvitur, datur hac conditione, ut reddatur si est indebitum; non potest, quin hic sit obligatio ex contractu, quæ est ex negotio gesto, & conventione. Est enim contractus duorum pluriumve consensus atque conventio in hoc, ut unus alteri quid det, aut faciat; si est consensus iure ad obligationem comprobatus, ut supra contractum definivimus. Atque hæc tunc maxime comprobatio est, cum non convenit tantum, ut dares aut faceres, sed prius tibi datur quid ea lege, ut vicissim des aut facias, ubi negotium civile geritur. *L. solent*, in fin. *D. de præscr. verb. L.* 2. *D. de cond. ind. L. legem, C. de pact.* At quisquis indebitum solvit per errorem, is dat hac conditione & conventione tacita interposita, ut reddatur, si est indebitum: & qui solutionis caussa tanquam debitum accipit, eadem ista lege & conventione accipit. Quare si qua hic obligatio est ad indebitum reddendum, ea est ex contractu omnino, quia ex conventione, non aliunde.

X. Et si de conventione probatur, quod diximus, res est expedita. Atqui hoc ipsum est, de quo dubitatur; & solum, quod alii sumunt ad contractum hic reiiciendum. Negant enim hic ullam esse conventionem de soluto reddendo. Et certe secundum id, quod aperte verbis agitur, non modo non exprimitur aut significatur verbis ulla eiusmodi conventio, sed etiam aperte repudiatur. Qui enim solvit, ipso solvendi verbo id agere intelligitur, ne unquam repetat. Id enim agit, ut liberetur. Quod non contingit ei, qui sic solvit, ut recipiat. *L. qui sic*, 55. *D. de solut.* Sed hoc ita est, inquam, si id spectemus tantum, quod aperte & secundum verba agitur. Enimvero inest hæc conventio ex sententia contrahentium: eaque sententia ex verbo solvendi & ex errore solventis non obscure colligitur. Quisquis indebitum solvit, etiamsi simpliciter solvat, tamen eodem isto verbo solvendi significat se dare hac conditione, si sit debitum. Dat quidem, ut ante dixi, eo animo, ne unquam repetat: verum non omnimodo & simpliciter; sed hac conditione, inquam, si sit debitum, quod solvit. Quippe inest natura in hoc verbo hæc ipsa conditio: cum non possit solvi nisi quod debetur. Ex hac porro conditione est illa conventio tacita, quæ præter id, quod aperte agitur, colligitur, & necessario colligitur per contrarium. Quidquid enim sub conditione datur, sub contraria conditione nec dari; aut si errore transfertur, sub contraria conditione revocari intelligitur. Ut & contra quod adimitur sub conditione, sub contraria conditione dari intelligitur. *L. quibus*, 40. §. 2. *L. aliquando, D. de cond. & dem.* Quocirca qui solvit indebitum sub hac conditione, si debitum est, intelligitur eadem opera sub contraria conditione non dare: aut quoniam in præsentia dominium transfert propter errorem, intelligitur hoc dicere, si indebitum est, se datum nolle, proinde & reddi velle, si indebitum esse apparuerit. Et ut propter solvendi verbum hoc dicere intelligitur, qui solvit: ita & qui eodem solutionis nomine accipit, eadem plane lege accipere intelligendus est. Quæ res mutuum consensum, & conventionem de re reddenda efficit. Quamobrem & si qua hinc obligatio est, erit utique ex conventione. Quod si ex conventione, etiam ex contractu: cum, ut dixi, contractus sit conventio omnis, quæ obligationem parit: maxime autem si quid datum est ea lege, ut vicissim quid fieret, ut hic accidit.

XI.

terutro, & ex una parte verus & apertus consensus, sive animus se obligandi. (Consensus enim si presse loquimur, unius esse nequit.) Nam negociorum gestor, tutor, heres, eo ipso quod negocia gerunt, tutelam administrant, hereditatem adeunt, in obligationem, quam subeundam sciunt, consentiunt. Hic vero scientia in neutro, ideoque nec consensus adest, quem ignorantia excludit. Mens in contractibus ac voluntas præ verbis maxime attendenda *L.* 219. *de V. S. L.* 34. *de R. I.* Atqui hic solvens plane non est ea mente, ut sibi alterum obliget, sed ut obligationis vinculo, quo falso se teneri putat, liberet, idque aperte agit. Nec tacitus animus repetendi potest expresso esse contrarius, & in idem tempus in eundem concurrere. Quin imo si scienti non prodest verum propositum repetendi *L.* 50. *h. t.* minus in ignorante fictum, contractum efficit. Quid quod sæpe accipiens non obligatur ei qui numeravit, sed alii qui nec ipse solvit, nec etiam eius nomine solutum est, idque sine ulla actionum cessione, ut in speciebus *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *& seqq. h. t.* vid. *infra C.* 18. *N.* 6. Ex contractu autem vero, alteri quam qui contraxit nulla obligatio quæri potest. *L.* 38. §. 17. *de V. O. supra Lib.* 12 *C.* 16. Unde apparet hic ex re actionem venire, nec spectari personam intentionemve solventis, sed æqui ac boni rationem, quæ alterum cum alterius detrimento rem suam augere non sinit. *L.* 14. *h. t.* Datur enim non ultra quam accipiens locupletior. *L.* 26. §. 12. *h. t.* Atqui si ex conventione esset, daretur in solidum.

XI. Nec quem moverit, quod hæ conditiones non exprimuntur verbis: multoque minus conventio superior. Satis est conventionem tacite inesse, eamque intelligi vel ex sententia contrahentium, ut non minus idem efficiat. Nam & quæ tacita conventio est, non minus conventio est. Et prætor edicto de pactis generaliter pollicetur se pacta conventa servaturum. Denique ita ius receptum est, ut non minus 3) tacitæ conventiones valeant, quam verbis nuncupatæ, seu expressæ. *L. 4. D. de pact.* Ex quo & illud Pomponii, semper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse. *L. 3. D. si cert. pet.* Quod agitur, id est, id de quo contrahentes senserunt, etiam si verbis non exprimatur. Pro cauto habendum, id est pro verbis nuncupato, & nominatim promisso. Sit ergo ut proposui, obligatio de indebito reddendo ex contractu, quia ex conventione. Nec eo minus ex conventione, quia conventio est tacita, & quia ex sententia magis, quam ex verbis (quod in extremo paulo pluribus attingemus.) Cum omnis conventio sive quæ expressa est, sive quæ tacita, tantundem valeat ad obstringendam fidem. Sit eadem obligatio ex negotio gesto, postquam res datur hac lege, ut reddatur. Id est datur quid, ut vicissim facias.

XII. Et si hoc hactenus ex definitione contractus huic negotio congruente recte dicitur: dicerem tamen timidius, nisi animadverterem veteres alios hoc idem partim sensisse, partim etiam pene diserte scripsisse. Collocatio atque ordinatio edicti perpetui, hanc fuisse 4) veterum sententiam de indebiti obligatione, clare ostendit. Eorum dico, qui edictum perpetuum ordinarunt, & eius edicti ordinem sunt secuti. Relata est enim, ut dixi indebiti repetitio & obligatio inter eas obligationes, quæ re contrahuntur, ut ex collocatione *Titulorum Digestorum & Codicis* apparet. Vitiose, si & hæc obligatio non est ex contractu. Et eo vitiosius, quia præter institutum, cum in edicti ordinatione sibi proposuerint proximos atque coniunctos *Titulos* inter se connectere, ut est in *L. 2. D. de stat. hom.* Quod si hæc nullorum veterum sententia fuit, cur Iustinianus in Institutionibus sub Titulo *Quibus modis re contrahitur obligatio* § 1. obligationem indebiti in hoc genere recensuit? cur non aperte id dixit, quod res erat, & eam retulit solum inter eas obligationes, quæ quasi ex contractu nascuntur, ut fecit Caius, qui negabat esse ex contractu? *L. 5. §. is quoque, D. de obl. & act.* Sed apparet ab eo factum esse, quia metuit reprehensionem, nisi faceret. Reprehensionis autem metus non aliunde esse potuit, quam ex vulgata illa opinione veterum, ordinatione edicti perpetui confirmata, qui obligationem indebiti in hoc genere ponebant. Et tamen sic ex illorum sententia hanc obligationem in eodem genere retulit, ut declararet se non ignorare, quid de eo vulgo receptum esset, cæterum ostenderet ad extremum se propensiorem esse in Caii sententiam, qui eam obligationem proprie ex contractu esse negaret.

XIII. Sed sit sane hoc levius. Dici enim potest non semper in ista collocatione Titulorum edicti perpetui veteres rectum ordinem generum in caussis obligationum tradendis esse secutos, ut non sit mirum, si & in hac specie idem illis acciderit. Ne ergo desit certior auctoritas, hoc ipsum quod dicimus, prope diserte expressit Iulianus in *d. L. si in area, D. de cond. ind.* Differit enim eum qui in area aliena ædificasset, si ædes non possideret, nullam exceptionem habere. Obstabat ei, quod is, qui non debitam

3) Distinctio duplex acceptionis *vox taciti* hæc diluenda. Tacitum quandoque opponitur expresso ac verbis declarato, & significat quod certum est voluisse contrahentes, licet aliunde quam ex verbis colligatur. Sic tacita conventio requirit consensum utriusque, saltem re & facto aliquo declaratum. Is autem ignorantis nullus *L. 15. de iurisd.* nec ignoti ulla cupido. Sic *in l. 13. de reb. cred.* est tacita conventio, non opposita apertæ, sed verbis expressæ, quia imo aperte in mutuo hoc agitur ut res eadem bonitate reddatur. Quandoque opponitur aperto & significat præsumptum aut legis fictione intellectum, eiusque potestate, contra naturam sæpe gesti, inductum. Sic in negociorum gestione eius cuius absentis negocia geruntur consensus adest tacitus, id est præsumptus oppositus aperto. Nam & quasi contractus tacite & præsumpto consensu fiunt, Gœd. *ad L. 52 de V. S. n. 7.* Iac. Gourre. *ad L. 2. C. de rescind. vend. pag.* 16. Non autem adest tacitus is consensus, qui facto declaratus, quique opponitur expresso. Hoc sensu tacita conventio in invectis illatis in urbanas habitationes, ut sint pignori *d. L. 4. de pact* quæ scilicet a lege intervenisse fingitur, domino etiam res illatas esse, nesciente. Ideoque vera non est conventio. Qui enim potest videri convenisse, qui ignorat? Sed præsumpta, quæ pro pactione habetur, ut apparet *iunct. L. ult. C. in quib. Ca. pig.* ibi. *Tali enim iusta præsumptione* &c. vid. A. Fab. 60. *err. Prag.* 8. *&* 10. Sic dicitur tacita hypotheca, tacita stipulatio pro dote &c. Et hic igitur tacita conventio, id est non aperta, facto declarata, sicut alias sumitur, sed præsumpta: non ex sententia dantis & accipientis; si enim ita sentirent, ille non solveret, hic non acciperet, arg. *L. 3. de compens.* sed ex iuris interpretatione, quæ ob benignitatem conventionem illam intervenisse fingit. Veri autem contractus verum & apertum, non præsumptum, consensum exigunt.

4) Non hæc ratio compositores permovit, alias Tribonianus & adiuvæ ab Imperatore suo secessionem & sententiæ divortium fecissent, quod ab omni specie veri alienum: sed quia ratione effectus cum mutuo convenit, cum perinde uti in realibus contractibus numerationem patiendæ obligationi intervenire necesse sit, vid. Vult. *in §. 4. I. de O. q. ex contr. n. 4.*

bitam pecuniam solvit, habet repetitionem. Et merito quis hoc adversari existimet. Nam & qui errans ædificat in alieno, & qui errans alii solvit, ambo aliquid facto conferunt in alium, ille impensas ædificii, hic pecuniam solutam: & ambo non hoc animo, ut repetant propter errorem. Cur ergo si hic repetere potest, ille non possit? Et Iulianus differentiæ rationem reddit his verbis, quia nullum negotium contraheretur inter ædificantem, & dominum areæ: qui autem non debitam pecuniam solvit, hoc ipso [5] aliquid negotii gerit. Distinguit ergo istos in his quæ gerunt, & hæc eorum facta inter se opponit. Quare si prior ideo nullam repetitionem habet, necesse est intelligi contraria de caussa posteriorem habere, quia negotium gerit, id est contrahit. Alioqui si sine contractu factum aliquod in his spectandum est, tam is gerit, & in dominum confert, qui sumptibus suis ædificat, quam qui solutione idem efficit. Sed etsi hoc non sentire intelligeretur ex præcedentibus: tamen usus iuris hanc esse per se significationem eorum verborum satis ostendit. Negotium geri inter aliquos locutio est Iurisconsultis usitata, qua significant rem aliquam geri non simpliciter: sed ita, ut inde obligatio ex re gesta contrahatur: cum scilicet unus dat alteri, ut ille vicissim quid det aut faciat: ex qua conventione exsistit contractus, nec contractus quivis, sed is, cui res tradita initium obligationi præbet. Indicant hi loci. *L. solent*, in fin. *D. de præscr. verb. L. in commodato*, *§. sicut*, *D. commod.* Nihil mutat de hac sententia, quod Iulianus in *d. L. si in arca, de cond. ind.* non dicit plene eum, qui indebitum solvit, negotium gerere, sed tantum aliquid negotii gerere. Vere enim non gerit per omnia, sed solum negotii aliquid, ut tamen nihilominus verum sit hac parte nasci obligationem restituendi ex negotio gesto. Qui enim indebitum solvit, quatenus putat se debere, nullum omnino negotium gerit, utpote in hoc errore ita animo comparatus, ne unquam repetat. At quatenus tacite hoc animo est, ut repetat hac conditione, si sit indebitum, eatenus est illud aliquid negotii quod gerit. Quod ipsum satis est, ut inde dicatur obligatio nasci ex negotio gesto, id est ex contractu. In qua sententia cum fuerit Iulianus, non mirum, si ipse qui conditor id est compositor, & ordinator edicti perpetui fuit (sic enim vocatur a Iustiniano in *L. 2. §. si quid igitur*, *C. de vet. iur. enucl.* & *L. pen. C. de cond. ind.*) ordinem sententiæ suæ congruentem instituerit, ut inter eas obligationes quæ re contrahuntur, hanc quoque referret, ut factum videmus.

XIV. Non aliud sensisse se de indebiti obligatione Pomponius ostendit in *d. L. is qui*, 13. [6] *§. ult. D. commod.* Ait enim, cum per errorem indebitum solvendi caussa datur, id accidere, ut extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur. Quam hic vocat tacitam obligationem, aut quomodo hic tacita obligatio, quæ apertis verbis iuris constituta est? Ius enim aperte ita constitutum est, eum qui indebitum accepit, re obligari perinde, ac si mutuum accepisset. *§. is quoque Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Perspicuum est hic obligationem non dici tacitam propter se, cum sit aperte constituta: sed propter conventionem reddendi, quæ est in eo, cum indebitum per errorem solvitur. Hæc autem est tacita, non expressa. Unde ex origine & caussa obligationis ipsa obligatio tacita appellatur. Sed nihilominus conventio inest: & quia conventio, ideo obligatio ex conventione, proinde & ex contractu. Id autem sentire Pomponium eo loco ex præcedentibus & ex genere argumenti, quo utitur in ea re, liquido intelligitur. Statuit enim prius idque propositum est ei docere, si quis libero homini, qui bona fide ei serviat, suum servum putans aliquid commodaverit, aut eum iusserit quid facere; quanvis non ca mente hæc omnia ut eum obligatum haberet; tamen eum qui ista fecerit, habere liberum istum hominem obligatum: & si paruerit, postea eum hominem vere liberum habere adversus eum actionem. At quam? commodati, mandati, præscriptis verbis. Quæ omnes sunt ex contractu.

Atqui

5) Resp. Aliquid negotii respectu scilicet eius, qui in aliena area ædificat, qui nec ex vero nec ex quasi contractu obligat alterum. Negotium sane geritur & in quasi contractibus, ut evincit *t. tit. de neg. gest.* & ob similitudinem aliquando, quasi contractus, appellantur contractus *L. 49. de O. & A. L. 16. de neg. gest.*

6) Atqui videtur, in specie *d. §. ult.* non verus, sed quasi contractus celebratus, per *L. 19. §. 2. de neg. gest.* Unde Gifan *ad L. 54. de acq. do. n. 14.* referri putat in *d. §. ult.* non probari Celsi opinionem. Sed Pac. 2. Q. 29. distinguit an plane ex necessitate servili fecerit mandatum, putans se servum esse ut tunc sit negotiorum gestorum actio *d. L. 19. §. 2.* an sponte & sciens se liberum, ut tunc agatur Mandati &c. *d. L. ult.* Argumentatio autem ICti talis. Si quandoque obligatio nascitur etiam extra id quod agitur, ubi plane nihil conventum est; magis nascetur, ubi hoc animo fuit qui libero, pro servo habito commodavit, mandavitve, ut reciperet, utque mandata fierent, tametsi non putaverit obligationem civilem orituram, ob incapacem servi personam.

Atqui cum id indigeret probatione, probat exemplo eius, qui indebitum solvit, qui & ipse propter errorem nihil minus cogitat, quam eum obligatum habere. Habet tamen præter id quod aperte agitur, tacitam obligationem constitutam. Prius ergo statuit ex hoc negotio contrahi hanc ipsam obligationem, ut sit & inde obligatio ex contractu, quo idem fieri in specie priore recte colligat. Ait quidem ex indebito soluto esse tacitam obligationem, ideſt tacitam conventionem, propter quam fit obligatio, ut ante exposui. Sed non minus inde obligatio est ex contractu. Esset enim contractus sine dubio, si expresse intervenisset conventio de indebito reddendo. Iam autem dixi tacitam conventionem non minus valere.

XV. Hæc etsi ita sunt, tamen non laboraremus, & superiora ista contemni possent, nisi necesse esset ex regulis iuris obligationem hic admitti ex contractu. Nunc autem necesse est id statui, si aliquam obligationem hic esse volumus, ut volumus. Regula iuris est usurpata ab eodem Iuliano in 7 *L. non omnis*, *D. si cert. pet.* non omnem numerationem obligare eum, qui accepit, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligetur. Quod eam significationem habet, si quis det pecuniam aut rem aliam non hoc animo, seu non id agens, ut accipientem vel ad aliud præstandum, vel ad idem reddendum sibi obliget, illic nullam nasci obligationem. Non dico ex contractu, sed nullam omnino, ideſt neque ex contractu, neque ex alia caussa. Quod & confirmatur pene diserte in *L. in hoc iudicium*, 14. §. 1. illic, *diversum est enim D. com. divid.* Quare si idem admittimus in indebito soluto, ut qui solvit, det seu pecuniam, seu quid aliud non id agens, ut repetat, seu ut eum qui accipit, ad reddendum aut quid aliud, præstandum sibi obliget, non aliud dici potest, quam nullam hinc obligationem nasci. At volunt omnes nasci adversus eum, qui indebitum accepit, ut reddat. Necesse est igitur prius illud statui, etiam in indebito solvendo id agi, ut qui accepit, ad reddendum obligetur. Quod si in indebito solvendo id agitur inter dantem & accipientem: fit, quod supra dixi, ut nascatur hæc obligatio ex contractu & negotio gesto, quia ex conventione. Ita non magis certa ratione, & authoritate veterum ducimur in hanc sententiam, quam necessitate obligationis statuendæ eam sententiam sequi cogimur, dum hæc lex ponitur dationi & numerationi omni, ut nisi conventio interponatur de obligando eo, qui accipit, nulla hinc obligatio nascatur.

7) Sed *d. L. 29. pr.* accipi debet secundum subiectam materiam. Deinde hic non agitur vere aut ex voluntate contrahentium, sed ex fictione iuris, quæ tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in vero. Casus autem *d. L.* 14. §. 1. nostro maxime affinis. Nam posita Donelli interpretatione etiam is qui in rem alienam, quam suam falso putavit ex errore impendit, videretur hoc tacite egisse, ut si res sua non sit, repetat impensas, quia certe si alienam scisset, non impendisset. Atqui dicitur noluisse obligare eum in cuius res impendit. Et negatur actio, quia nulla ibi, uti hic, a lege sit interpretatio & fictio consensus repetendi.

C A P. XVII.

Falsum esse condictionem indebiti esse ex distractu, eoque ex quasi contractu, aut aliunde, quam ex contractu. Et responsum de sententia Caii & Iustiniani, qui contrarium scripserunt.

Errare illos qui indebiti condictionem ex distractu magis esse assumunt: proinde non ex contractu, sed ex quasi, aut aliunde esse colligunt. I.
Ratio. II. III.
Erroris caussa refellitur. IV. V.
Aliorum defensio proponitur. VI.
Refutatur. VII. VIII.

I. Sed opponitur nobis manifesta sententia Caii in *L.* 5. §. *is quoque*, *D. de obl. & act.* Iustiniani in *d.* §. *is quoque*, *Inst. quib. mod. re contr. obl.* & in §. *penult. Inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc.* Nam Caius diserte scribit, non posse intelligi eum, qui ex caussa indebiti soluti tenetur, ex contractu obligatum esse, quoniam qui solvit per errorem, magis distrahendæ obligationis animo, quam contrahendæ dare videatur. Ideo inter obligationes, quæ ex quasi contractu nascuntur, hanc speciem retulit. Idem apud Iustinianum scriptum legimus in *d.* §. *is quoque*, *quibus mod. re contr. oblig.* Quam sententiam idem Iustinianus velut

velut interpretans sic pluribus explicat in *d. § penult. de oblig. quae quas. ex contr.* ut dicat ideo hanc obligationem ex contractu non esse, quia potius sit ex distractu. Probet autem ideo ex distractu esse, quia qui indebitum per errorem solvit, videatur dare, ut distrahat potius negotium, quam ut contrahat. Quid ergo ad ista tam aperte scripta dicimus? Et quando hic non de iure mutando, quod potius adstruimus, sed de superiorum collectione agitur: Liceat hoc bona pace magnorum virorum dicere id quod res est: non habere me hic aliud, quod respondeam invitus, quam eos non potuisse quidquam magis falsum dicere, quam quod sumpserunt, nec ad id probandum adferre potuisse ineptiorem rationem. Quorum utrumque tam est in promptu, ut turpe putem in iure versanti non animadvertere, aut intelligenti & veri studioso etiam dissimulare. Non est, inquiunt, hæc species ex contractu, quia hoc sumunt potius esse ex distractu. Quod sane si verum esset, recte colligunt, ut sit hæc ratiocinatio futura, si res explicetur. Quæ obligatio ex distractu est, non potest intelligi ex contractu esse contraria enim sunt distractus & contractus. At obligatio indebiti per errorem soluti est ex distractu. Non potest igitur ex contractu esse intelligi. Recte, inquam, sic colligitur, si modo verum sit, quod sumunt hanc speciem obligationis esse potius ex distractu. At [1] hoc tam falsum est, ut in eam rem, de qua agitur intuenti magis mirum videri possit, ni falsitas ultro in oculos incurrat.

II. Qua de re enim nunc agitur? An non de indebito soluto? Et quid est indebitum, nisi id cuius præstandi nulla est obligatio? Sic iam igitur argumentari licet, non subtili aliqua & recondita ratione longe accersita, sed facili & in medio posita: Non potest per rerum naturam ibi distractus esse, ubi nulla obligatio præcedit, quæ distrahatur. Et generaliter sic res habet, ut nulla possit esse privatio, nisi eius rei, quæ privatione tollitur: puta non rumpi testamentum, nisi quod ante fuit. *L. 5. D. de iniust. rupt.* non esse manumissio, nisi servitus præcedat, quæ tollatur manumissione. *Instit. de libert.* in princip. At in indebito, de quo nunc agitur, nulla subest præcedens obligatio, qua quid debeatur, & quæ eadem distrahatur: alioqui debitum esset, quod solvitur, non indebitum. Nullus igitur in indebito soluto distractus per rerum naturam intelligi potest. Quid ad hoc illi? quomodo hanc speciem potius ex distractu esse probant? Nempe quia, inquiunt, qui indebitum per errorem solvit, hoc animo est, ut rem distrahat, non ut contrahat. Quam hoc iam vitiose colligitur? Esto, sit in solvente animus distrahendæ obligationis. Num ideo consequens est eum distrahere? At errat, & vere non vult. Non enim consentiunt qui errant. *L. 2. D. de iud. L. si per errorem, D. de iurisd. L. non idcirco, C. de iur. & fact. ignor.* Num ergo hunc errorem facti spectari, & ei nocere volumus? & naturalis & civilis ratio reclamat, ut supra ostendimus. *d. L. non idcirco, L. cum is, C. de iur. & fact. ignor. L. regula, D. eod.* Sed velit etiam distrahere, puta eum esse, qui sciens indebitum solvat. Ideone dicemus eum distrahere obligationem, quæ nulla est? Non potest, natura adversatur, nec potest quisquam falsa affirmatione, ac multo minus falsa opinione sua naturam rerum mutare. *L. cum falsa, C. de iur. & fact. ignor. L. assumptio, D. ad municip.*

III. Ac quo magis vitium istius rationis perspicere liceat, concedamus illis non solum eum qui indebitum per errorem solvit, hoc animo esse, ut negotium distrahat, sed etiam hunc animum, atque hunc errorem esse spectandum. Non iam efficietur, quod volunt; sed ratio adversus eos convertetur, ut cogantur fateri, quod nolunt. Eveniet enim ista ratione, non ut hinc nascatur obligatio ex quasi contractu, sed ut nulla. Quippe ita ius est, ut supra attigimus, in quam sententiam etiam omnes auctores iuris consentiunt: nunquam numerationem obligationem parere, ubi non id agitur, ut qui accipit, confestim obligetur. *L. omnis, D. si*

[1]) Gravem hic Imperatori & ICto iniuriam facit Donellus alienissimum illis sensum affingens. Neuter sic arguit; obligationem non ex contractu esse, quia solvens indebitum vere distrahat, sed quia distrahere voluerit. Quod & Theoph. sic enunciavit: *Quis enim contractum vocit, cum animo debitum agnoscentis & obligationem dissolvere volentis, erroneam solutionem facio.* Sane Imperatori nec in mentem venisse ut verum distractum statueret, id convincit quod inter quasi contractus refert. Quid autem contractui similius quasi contractu? quid dissimilius & repugnantius distractu? Nec igitur ex eo quod dicit Imperator animum distrahendi habere indebitum solventem, quisquam inferat eum sensisse quod vere distrahat. Uti enim sola numeratio non facit, ut sit contractus, propter defectum voluntatis obligandi: ita nec sola voluntas liberandi efficit distractum, ob defectum obligationis, quæ nulla præcessit. Nam ut in contractu reali duo requiruntur coniunctim; numeratio & animus obligandi: *L. 19 pr. de reb. cred.* ita & in dissolutione eius duo adsint necesse est: voluntas liberandi, & nexus obligationis, quo, qui liberatur, obstrictus fuerit. Quare Cuiac qui 8. *Obs.* 34. simpliciter scribit: *indebiti solutio est distractus, non contractus*, si vere ita sensit, nec rudius loquutus est; fœde lapsum non inficior.

D. si certum pet. Item qui dat, neque hoc animo est, ut quemquam sibi obliget, eum quoque neminem sibi obligare. *L. in hoc iudicium*, §. 1. illic, *diversum est enim*, *D. com. divid.* At volunt illi ex indebito soluto obligari eum, qui accepit. Obligatio enim ex quasi contractu quam illi statuunt, nihilominus obligatio est. Quare ut hanc sententiam retineant, vel ipsis auctoribus superior ratio repudietur, necesse est; aut fateantur imprudentes se id negare, quod prius posuerant, quodque unum præcipue statuere, illis propositum est. Postremo ut certius, ac velut uno intuitu semel cernatur, quam superior ratio aut eos lædat, aut certe nullo modo iuvet, sic mecum hoc dilemmate colligas. Cum quis indebitum per errorem solvit, & in hoc errore animus illi est distrahendæ obligationis, non contrahendæ, aut volunt eum animum adversus solventem esse spectandum, aut non esse. Si spectari volunt, eadem opera volunt solutum non repeti, quia qui hoc animo est, ut solvat & distrahat obligationem, idem hac mente est, ne unquam repetat, alioqui non sit solutio. *L. qui sic*, 55. *D. de solut.* At isto modo nulla nascetur obligatio, quod & falsum est, & est adversus eorum sententiam. Quod si [1] nolunt hunc animum spectari, ut certe non debet, ne solventi error facti noceat, quod omnes fieri debere concedunt, quorsum hunc animum in hac re ingerere, cuius nullam rationem habendam esse fateantur? Satis igitur probatum arbitror, non esse hanc speciem obligationis ex distractu, proinde nec ex quasi contractu, quando hoc posterius ex illo priore solum effici voluerunt. Quod si ex quasi contractu non est, fit, ut omnibus aliis caussis obligationis remotis, una supersit caussa contractus, ex qua hæc nascatur obligatio. Et vere hoc ita est.

IV. Nec quisquam moveatur eo, quod qui indebitum solvit per errorem, quatenus id facit, non est hoc animo ut contrahat obligationem, sed ut distrahat. Animadverti enim debet, in eo qui indebitum isto modo solvit, duplicem animum esse, sub diversis conditionibus, quorum unum spectari oporteat, alterum non oporteat. Unus animus est, ut qui solvit, distrahat obligationem, nec unquam solutum repetat, sed sub conditione, si debitum sit, quod solvit. Alter animus est sub contraria conditione, tacitus quidem, sed tamen ex verbo solvendi intellectus, ut si indebitum sit, quod solvit, sibi reddatur, ut superiore capite ostendimus. Priorem animum, quia ab errore facti proficiscitur, spectare nec possumus, nec debemus. Primum quia vere is animus non est, qui consensum non habet. Deinde quia facti error ita habetur, ut etiam in consensu (si modo errantis ullus consensus esse potest) erranti nocere non debeat. *L. regula*, *D. de iur. & fact. ignor.*

V. Restat igitur, ut quoniam unus ex his animus spectandus est, priore remoto posteriorem spectari oporteat. Et vero id ita faciendum est; quia qui solvit vere hoc animo fuit, ut repeteret, si solutum debitum non esset: & indebito vere soluto conditio superior vera fuit: quæ ideo non distulit obligationem. *L. conditiones*, *Instit. de verbor. obligat.* Iam vero hic animus conventionem de indebito reddendo in se habet. Atque ex hac conventione contractus. Sic fit, ut obligatio in hac specie semper ad contractum necessario revolvatur. Nec moveamur eo, quod hæc conventio tacita est, & præter id, quod aperte agitur. Iam enim dixi ad vim & effectum conventionis nihil interesse, utrum verbis expressa sit, an tacita. *L. 4. D. de pact.* quia consensus in conventione tantum quæratur: qui quomodo declaretur, nihil interest. Et hactenus de superioribus locis abunde responsum puto.

VI. Sunt qui alio argumento conentur probare, condictionem indebiti ex contractu non esse; nempe hoc, quod dicitur hæc condictio ex bono & æquo introducta. Sic enim scriptum est in *L. penul.* D. de condict. indeb. *Hæc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine caussa deprehenditur, revocare consuevit.* Hoc vero de nulla obligatione quæ sit aperte ex consensu, dici legimus. An non igitur hoc ipsum argumentum est non esse etiam hanc obligationem ex consensu?

VII. Et dici poterat, quod ex verbis apparet, superiorem definitionem esse non de repetitione & condictione indebiti, sed de condictione sine caussa. Quæ sane multis in caussis nasci potest aliunde, quam ex contractu. Nam & quod furtivum est, apud furem est sine caussa. Sed volo definitionem scriptam de condictione indebiti, quando ita verba sunt; *hæc con-*

[1]) Non spectatur animus apertus ad hoc ut illi noceat, impediatque repetitionem. At idem tamen facit quo minus verus contractus haberi possit, quia qui liberare voluit, obligare noluit.

condictio; quæ verba si ad *Titulum* cui subiiciuntur, referantur, non possunt intelligi de alia condictione, quam quæ sit *Tituli* propria. Et certe si repetitio ob rem dati dicitur ex bono & æquo dari: *L. in summa*, 65. §. *quod ob rem*, *D. de condict. indeb.* multo iustius dicetur condictio indebiti inde quoque esse, cum in hac conventio repetendi sit obscurior. Ut eo magis in ea rationem æquitatis haberi oporteat ad repetitionem, quo minus aperte verbis & voluntate dantis conventio adiuvatur. Sed non sunt hæc contraria, obligationem indebiti ex conventione & contractu nasci, & eamdem simul introductam ex bono & æquo. Exemplo est precarium: ex quo itidem actio dicitur ex bona fide oriri. *L.* 2. §. *penult. D. de precar.* Quod nihil aliud significat, quam eam oriri ex bono & æquo, ut hoc verbi explicatur in §. *in bonæ*, *Institut. de action.* Et tamen hæc ipsa actio est ex contractu. Est enim actio præscriptis verbis, ut traditur in eadem. *L.* 2. §. *penult. de precar.* Non est autem actio præscriptis verbis, nisi ex contractu. *L.* 3. *D. de præscript. verb.*

VIII. Cur ergo obligatio & repetitio indebiti dicitur nasci ex 3 æquo & bono potius, quam mutui, commodati, depositi, in quibus obligationem re contrahi diximus? Quia in superioribus contractibus obligatio etiam ex verbis recta nascitur, ut nihil hic necesse sit ad solam rationem æqui & boni confugere, ut obligatio aut actio admittatur: in indebito nascitur etiam contra significationem verborum. Quod ut intelligatur, sciendum est in usu iuris cum verba pugnant cum sententia, ibi subtilitatem verborum benignitati opponi, eique cedere. Hoc sensu, ut intelligamus verba omittere nos, sequi sententiam: &, quoniam sit hoc contra verba, ideo admitti solum benignitatis ratione suadente. Hoc in *L. si tibi pecuniam*, in fin. *D. si cert. petat.* Benigne autem quid interpretari, valet ex æquo & bono, seu ex eo, non quod subtilitas verborum exigit, sed quod dictat ratio naturalis. *L. non sine*, *C. de bon. quæ liber.* Hoc autem dictat, ne verba sequamur contra sententiam, sed contra potius ut sententiam omissis verbis: cum verba inventa sint, non quæ obstent; sed quæ serviant hominum sententiis. Quæ si sine verbis intelligi possent, verbis non egeremus. *L. penult. D. ad exhib.* §. *siquidem. Instit. de legib.* Atque hoc in obligatione indebiti soluti accidit. Nam qui solvit per errorem, subtilitate verborum tantum abest, ut repetitionem habeat, ut his verbis maxime repetitio excludatur. Quippe his hoc agit, ne repetat. Dicit enim se solvere. At solvere est ita dare, ut nunquam repetas. Unde qui sic dat, ut repetat, non liberatur, id est non solvit obligationem. *L. qui sic*, *D. de solut.* Et tamen adversus hanc significationem verbi, obligationem hic admittimus; qua ratione? nempe ex sententia tacita, & tacita conventione contrahentium. Quæ quia accipitur contra verba, benigna interpretatione, ideo dicitur obligatio hinc inducta ex æquo & bono. At unde intelligitur hæc sententia, cum verba aperta repugnent? Dixi supra ex errore solventis. Dum enim solvebat errans, simul hoc animo erat, ne repeteret, quia putabat se debere. Etsi autem in hoc errore non addebat conditionem si deberet, cum se debere certo sibi persuaderet: tamen ex eo quod tanquam debitum solvit, satis intelligimus tacite hunc sensum eius esse, ut si interrogetur, an velit solutum indebitum, responsurus sit se nolle; & si postea apparuerit tale esse, quod solvit, velle se ut reddatur. Quo animo etiam & lege accipere intelligitur, qui tanquam debitum solutionis caussa accipit. Hanc sententiam & tacitam conventionem veteres agnoscentes etiam ex ea actionem dederunt: quia benignum erat, quia æquum & bonum. Idque duplici nomine: primum quia ex sententia: deinde quia cum opinio solutionis nata sit ex errore facti, nihil magis æquum sit, quam hunc errorem solventi non nocere. Proinde nec animum non repetendi, quando hic animus ex eo errore nascitur. Ita in summa obligatio indebiti soluti nascitur ex eo quod agitur inter dantem & accipientem. Sed hoc ipsum agi non ex verbis quæ repugnant, sed interpretatione voluntatis ex bono & æquo accipitur. Fitque hoc modo illud, quod in hoc genere obligationis initio posuimus, obligationem indebiti nasci illam quidem ex conventione, sed ex conventione longe diversa ab ea, quæ est in mutuo, commodato & similibus, quia in his aperte & principaliter id agatur, ut reddatur quod datum est, verbo ipso dandi hanc conventionem indicante: in indebito autem soluto insit ea conventio reddendi, quæ

3) Ideo ex æquo, quia non ex rigore iuris, quo videbatur repetitio deficere, quia dominium ab eo cui solutum, sine facto suo discedere non debeat *L.* 11. *de* R. *I.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 3. Hopper. *Lib.* 1. *subacis Tit. de Indeb. solut. pag.* 20.

quæ nec exprimatur verbis, nec vi & significatione dandi contineatur: colligatur tamen contra significationem verborum ex sententia.

C A P. X V I I I.

Condictio indebiti Cui detur, Adversus quem, Quid in eam veniat.

Partitio rerum, atque ordo. I.
Indebiti condictio illi competit qui solvit indebitum. II.
Solvens ille est, qui suo nomine solvit; & alius præterea, cuius nomine facta solutio. Posterioris exempla. III.
Procurator generalis indebitum solvens, nisi dominus ratum habeat, ipse condicit, non dominus; & quare. Interpretatio L. 6. *in pr.* & §. ult. D. de condict. indeb. IV.
Cur mandanti, aut ratum habenti datur indebiti condictio. V.
Heres institutus amissa hereditate, indebiti condictione non repetit legata suo ipsius nomine soluta; sed legitimus heres; & quare. VI.
At idem æs alienum hereditatis indebite solutum repetit. Cur tam varie. VII.
Si duo amplius solvant, quam quantitas fuit ab utroque debita: utriquene, an alteri dumtaxat condictio competit. VIII.
Quid si duo cum rem unam debeant, duas tamquam debitas errore solvant. IX.
Indebiti condictio adversus eum, qui accepit indebitum sive per se, sive per alium. X.
In hanc condictionem veniunt res principaliter debita, & eius accessiones. XI.
Res debita reddi debet eadem si exstat; aut eius æstimatio, si accipiens factus sit locupletior. XII.
Alia si redditur; perpetuo & semper condici, & repeti potest. XIII.
Qui partim debitum solvit, partim indebitum; aut ex duobus disiunctim promissis solvit utrumque, aut amplius quam debuit. XIV.
Priori in specie utrius repetendi cui detur optio. Veterum de eo dissensio; & quorum sententia a Iustiniano probata. XV.
L. plane 21. D. de cond. indeb. *non fuit abrogata per* L. *penult.* cod. de cond. ob caus. dator. XVI.
In posteriore, an pars tantum indebita, an totum quod solutum est repetendum. Ulpiani distinctio. XVII.
Accessiones rei debitæ, si accipiens ex iis ditior est factus, restituendæ. Quæ huiusmodi. XVIII.
In fructuum, & pretii restitutione quæ huius condictionis propria; & differentia a reliquis. XIX.
Superiora veniunt in indebiti restitutionem, quatenus accipiens factus locupletior. Quæ hinc consectaria. XX.

I. Satis igitur constitutum puto repetitionem indebiti esse actionem in personam. Ideo ex obligatione nasci: obligationem autem esse ex contractu: contractum ex genere eorum, in quibus obligatio re contrahitur, ut merito fuerit & ad hoc genus atque hunc locum referenda. Cui detur, Adversus quem, Quid in eam veniat, singula prope eiusmodi sunt, quæ hic propria quædam habeant ad rationem huius condictionis pertinentia. Quare & de his paucis agam.

II. Et dicitur condictio indebiti dari ei [1] qui non debitum solvit. §. *is quoque, Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Idque ita intelligi necesse est, si is qui non debitum pecuniam solvit, ipse est, qui negotium cum accipiente gerit, idest contrahit, ut gerere dicitur in *L. si in arca,* 33. *D. de condict. indeb.*

III. Sed solventem accipere debemus, maxime quidem eum, qui solvit suo nomine: sed tamen & eum cuius nomine solutum est, si modo qui solvit, tutor eius est,

[1] Eiusque heredi *L.* 12. *h. t.* Nec impedit hanc condictionem renunciatio generalis *L. ult.* §. 3. *h. t.* ut si in ipsa solutione convenerit solvens, se nullam controversiam moturum, quia eodem errore id promittit ac paciscitur, quo solvit. Unde quia error idem, in utroque non præiudicat, per *L.* 19. *v. diversum de Novat.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 7. Covar. 2. *Var. Resol.* 4. *n.* 4. Gutier *de Iuram. confirmator. P.* 1. *C.* 27. Iac. Gourre. *in L.* 2. *C. de resc. vend. pag.* 123. *& seq.* Quid autem si solvens renunciavit condictioni indebiti, condictione sine caussa, & omni legum auxilio? Sunt qui hanc renunciationem non valere putant, tum per *d.* §. *pen.* tum quia idem error in renunciatione, & ut indebite solvit, ita & indebite renunciavit; tum quod nemo intelligatur renunciare iuri suo, quod vel ignorat sibi competere vel dubitat. Et hæc sententia communior, teste Vasq. *d. C.* 63. *n.* 9. cui & accedit Duar. *h. t. C. ult.* Diss. quodammodo Covar. *d. n.* 4.

eſt; aut is cuius nomine ſolutum eſt, mandavit ſolvi ſuo nomine, vel ſolutum ratum habuit. Utputa tutor pupilli nomine indebitum ſolvit; Pupilli condictio eſt. *L. cum indebitum*, 57. *D. de condict. indeb.* Item qui fideiuſſerat pro eo, qui indebitum promiſerat, ſolvit ſtipulatori non fideiuſſor condicet, ſed promiſſor, quaſi qui pro ſe fideiuberi mandans, etiam ſolvi mandaverit. *L. indebitum*, 47. *D. eod.* Procurator quoque meus, cui ſpecialiter mandaveram, ut meo nomine ſolveret indebitum, ſi ſolverit, mihi condictio dabitur, non procuratori.

IV. Nam ſi is fuit, cui generaliter omnium bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, indebitum nomine domini ſolutum non aliter dominus condicet, quam ſi ipſe ratum habuerit: quo ratum non habente, ipſe procurator condicet, non dominus. Quæ ſententia eſt Pauli in *L.* 6. in princ. *D. de condict. indeb.* Ac ſe de eo procuratore loqui Paulus indicat, cum paulo poſt priorum actorum rationem reddens, orationem confert ad eum quem dominus rerum ſuarum procuratorem conſtituit. Is autem eſt procurator omnium bonorum. Quod ut non ſubieciſſet, tamen procuratoris verbo abſolute poſito, eumdem iſtum procuratorem intelligeremus ex uſu veterum, qui & hoc verbum ita uſurpant. Teſtis Cicero in *orat.* pro Cecinna. Cur ergo hoc procuratore indebitum nomine domini ſolvente, ad condictionem indebiti domino dandam, domini ratihabitionem exſpectamus? Quia cui bonorum adminiſtratio permiſſa eſt; quantumvis generaliter & nominatim omnium permiſſa ſit; nihil tamen de indebito ſolvendo mandatum ei intelligitur. Nam neque indebitum ex bonis domini eſt, neque eius ſolutio ad domini utilitatem ullo modo pertinet. Quod ſi domini ratihabitio in huius procuratoris perſona interveniens condictionem indebiti ab eo ſoluti in dominum transfert: multo magis eamdem domino præſtabit eius mandatum, ſi ſpecialiter de indebito ſolvendo mandaverit. Sed ſi procuratorem eum intelligit Paulus, quem diximus: quid eſt, quod ipſe in eadem *L.* 6 §. *ult. de cond. ind.* ita ſcribit: *Iulianus ait, neque tutorem, neque procuratorem ſolventes repetere poſſe, neque intereſſe, ſuam pecuniam, an pupilli vel domini ſolvant?* Loquitur nimirum Paulus & hic, & in *principio capitis* de eodem procuratore, quem dominus rerum ſuarum procuratorem conſtituit. Sed in principio nominatim de eo, qui indebitum ſolvit, unde & ſoluti repetitionem dat. In *extremo* autem cum procuratorem ſimpliciter proponat ſolventem; de eo loqui eum intelligere debemus, qui vere ſolvat, nempe debitum. Verba enim cum effectu accipere debemus. Neque vero ſolvit quiſquam, niſi qui aliquem obligatione liberat: nec liberatur quiſquam, niſi qui debuit. Unde merito procuratorem ita ſolventem repetere poſſe negat. Neque hæc ſententia nullam dubitationem habet, procuratorem pro domino debitum ſolvendo repetere non poſſe. Quid enim, ſi pecuniam ſuam ſolvat, dum putat eſſe pecuniam domini? Et hoc eſt, quod dicitur eum ſolventem uſque adeo repetere non poſſe, ut nihil interſit, ſuam pecuniam ſolvat, an domini.

V. Sed cur ei, cuius nomine indebitum ſolutum eſt, quanvis mandanti aut ratum habenti datur condictio indebiti, cum regula iuris vetet per liberam perſonam alteri actionem acquiri. §. *ex his*, *Inſt. per quas perſ. nob. acq. C. eod.* Eo fit, quod cuius nomine & mandatu pecunia data eſt, perinde habetur, [2] quaſi ipſe dediſſet: ut ſic ei non iam per alium, ſed quaſi ipſe dediſſet, ita ei per ſemetipſum actio acquiratur. Dicere enim ſolemus, nihil intereſſe, utrum per ſe quid faciat quis, an vero per alium. *L.* 5. §. *geſſiſſe*, *D. de adm. tut.* Aliud ſervatur in procuratore, qui mandatu domini aliquid ob cauſſam dedit, quæ cauſſa poſtea ſecuta non eſt. Placet enim tum condictionem ob cauſſam dati non domino competere, ſed procuratori, qui dedit. *L. qui ſe debere*, *D. de cond. ob cauſ. dat. L. dominus*, 53. *D. de cond. ind.* Quod enim alterius nomine datur ob cauſſam, cauſſa non ſecuta eius nomine dari non intelligitur.

VI. Interdum tamen, etſi quis ſuo nomine indebitum ſolvit, nihilominus alii condictio competit. Quod accidit in eo hereditatis poſſeſſore, qui teſtamento inſtitutus, quod iure valere videbatur, poſtea legata eo teſtamento aut codicillis relicta [3] ſolvit: deinde evincatur ei hereditas,

2) At pariter dicere liceret cuius nomine quis ſtipulatus, emit, locavit, &c. perinde haberi ac ſi ipſe ſtipulatus eſſet, emiſſet, locaſſet. Ut non obſcure hinc liqueat, clarius autem ex iis quæ ſequuntur, hanc obligationem ex contractu non eſſe, ſed quaſi ex re actionem naſci & tantum attendi quis, quatenus, cuius cum detrimento locupletior redditus.

3) Sive ſoluta ſint ex teſtamento, quod poſt falſum vel inofficioſum apparuit, ut *d. L.* 3. & 4. ſive ex teſtamento iuſto quidem, ſed reſtitutione contra aditionem poſtulata, quia hereditas non ſolvendo, ubi propterea legata indebita, quia potior cauſſa æris alieni; ut *d. L.* 5. *h. t.* exponit contra Accurſium & Cuiacium Ant. Fab. *ad L.* 22. *de minor.*

tas, aut is hereditate se abstinuit, pupillus nempe, aut minor vigintiquinque annis. Hic, inquam, placuit non ei possessori condictionem dari, sed legitimis heredibus qui hereditatem evicerunt, aut iis ad quos ex abstentione redit hereditas. *L. 2. 3. 4. 5. D. de condict. ind.* Cur ergo his, cum nec ipsi indebitum solverunt, nec solutum est eorum nomine? Quia ab initio quidem res ita geritur, ut obiicitur, sed eventus postea utrumque mutat. Nam postquam hereditas a possessore ad illos pervenit, possessor hoc animo esse incipit, ut quæ legata suo nomine solvit, velit soluta verorum heredum nomine, & veri heredes in ea causa esse incipiunt, ut perinde habeantur, quasi ipsi solvissent. Quia solutum ad eos pertinet. Nam possessor si bona fide de bonis hereditariis ea solvit, non debet id damnum præstare; quoniam non tenetur ultra, quam locupletior factus est. *L. sed etsi lege, 25. §. consuluit, D. de hered. pet.* Si solvit de suo, soluta imputat veris heredibus. *L. quod si possessor, 17. D. eod.* Qui si non reputarit, nihil caussæ est, cur vero heredi, ad quem ea solutio non pertinet, & cuius nomine nihil ei abest, detur repetitio. Sed hoc in legatis indebitis a possessore hereditatis solutis locum habet.

VII. Alia caussa est æris alieni, quod possessor indebitum solverit iis, quos creditores hereditarios bona fide existimavit. Id ille vero heredi reputare non potest, ut perinde habeatur, quasi verus heres solvisset. *L. item veniunt, 20. §. sed etsi senatus, D. de her. pet.* Ideo & possessor condicet, non verus heres. Atqui & legata & æs alienum illud pariter indebita fuerunt, & pariter utraque possessor bona fide præstat. Cur ergo illa imputat heredibus, hoc non imputat? Quia in legatis testamento aut codicillis relictis, dum illa possessor debita putat, hic error illi a testatore nascitur, qui ea reliquit, & hunc heredem instituit. Factum testatoris non est æquum illi nocere, sed potius eius heredibus. Cum autem solvit indebitum tanquam creditoribus hereditariis, qui creditores non sunt, etsi hos æque bona fide creditores esse putat, & his solvendo non minus rem bona fide gerit; tamen hic error aut illi a seipso, aut a creditoribus nascitur: quorum neutrum vero heredi fraudi esse debet.

VIII. In hac parte oritur interdum dubitatio, ex multis qui solverunt, quibus potissimum detur soluti repetitio. Quæ dubitatio in duobus, qui eamdem rem aut summam debent, & amplius quam debetur, solvunt, incidit. Est, puta, reus, qui decem debet, & huius fideiussor; sunt duo fideiussores, aut duo rei debendi eiusdem pecuniæ. Pro decem ambo viginti solverunt. Utrum ambobus condictionem dabimus, an alteri, & utri? Quæstio in eo est, quis indebitum solverit, & quantum: quo explicato res est expedita. Nam si uterque indebitum solvit, eatenus uterque condicet. Si alter, is solus. Quid autem horum sit, hac distinctione constituetur, quæ in hoc a veteribus usurpata, ex diversis locis colligitur. Interesse dicemus, utrum hi pariter ex eodem tempore plus debito solverint pro decem viginti: an vero diversis temporibus. Si eodem tempore; quod pariter indebitum solverunt, pariter condicent, id est viginti solutis quina. *L. si pœnæ, 19. §. ult. & L. seq. D. de condict. indeb.* Si diversis temporibus: non potest non esse debitum, quod a priore intra quantitatem debitam solutum est, eoque nec is repetet. Solus indebitum solvit, qui ultra debitum solvit posterior. Proinde & is condicet solus, & condicet eatenus, quatenus indebitum solvat. Utputa reus decem debuit. Is tria solvit. Postea fideiussor ab eo datus tria illa soluta ignorans solvit decem, quantum scilicet a reo prius debebatur. Solus hic repetitionem habet fideiussor, & sola repetet tria, quæ sola ex decem solutis indebita fuerunt. Nam tribus antea solutis ex decem, restabant ex ea summa solum septem, quæ debebantur. Sic fit, ut fideiussor decem solvens intelligatur tria indebita solvere: quæ ideo solus condicet. Hoc in *L. cum duo, 25. D. de condict. indeb.* Sed huic distinctioni locus est in pecunia soluta.

IX. Diversum est, si duo rei speciem unam debuerunt, & errantes duas tanquam debitas solverunt, finge, cum deberent disiunctim Stichum, aut Pamphilum; utrumque solvisse, dum se utrumque coniunctim debere falso existimant. Si pariter, sive diversis temporibus hos solverint, placet neque ambobus simul, neque etiam priori aut posteriori alterutrum repetenti condictionem dari, sed ei, cui creditor constituerit se redditurum, & etiam creditoris utrum reddat, esse electionem. *L. plane, 21. D. de condict. indeb.* Huic loco contraria videri solet constitutio Iustiniani in *L. pen. C. de condict. indeb.* Ubi ille, in specie, ut videtur, non dissimili electionem solventi dedit, non accipienti. Sed quoniam constitutio non loquitur de pluribus reis debendi, quorum singuli debeant: sed de duabus rebus, quæ disiun-

disiunctim debeantur ab uno solo; quæriturque, utraque soluta, non quis condicat, sed quæ res condicatur: melius est eius constitutionis explicationem differri in eum locum, in quo quæritur, quæ res in hanc condictionem veniant, ubi simul de consensu horum locorum opportunius dicetur.

X. Ut ei, qui pecuniam indebitam solvit, soluti condictio datur, ita is tenetur condictione solum cui pecunia quoquo modo soluta est, non cui proficit. *L. his solis* 49. *D. de condict. indeb.* Ut si proponas soluta tibi a me centum indebita, te accepta dedisse mutua Titio, aut in rem eius impendisse, puta prædium ex ea pecunia eius nomine emisse; non ideo mihi cum Titio ulla actio sit, cum quo nullum negotium gessi, quantunvis illi soli hæc pecunia proficiat: sed solum adversus te, eum quo contraxi. Quod & in mutuo receptum est. *L. eum qui L. non adversus, C. si cert. pet.* Sed & hic eum cui pecunia soluta est, accipere debemus eodem modo, quo prius eum, qui dedit: ut quemadmodum dedisse videtur, cuius nomine data est, dum eius mandatu: sic accepisse intelligatur is, cuius nomine acceptum est, sive is accipi mandavit, sive solutum ratum habuit. Et ideo si procuratori meo indebitum solutum est, mihi solutum videtur, eoque & teneor condictione sive ei mandavi, sive ratum habui. *L. 6. D. de cond. ind.* Nam & hic valet illud, quod supra dixi, unumquemque facere videri, quod per alium faciat. *L. 5. §. gessisse, D. de adm. tut.*

XI. Veniunt in hanc actionem & restitutionem duo; res principaliter debita, & rei debitæ accessiones, quæ ad eum, qui rem accepit, pervenerunt. *L. indebiti, 15. D. de condict. indeb.*

XII. Res hic principaliter debita ut plurimum eadem species est, quæ soluta est; interdum alia, quæ & sola condicitur. Res eadem semper, nisi si natura rei solutæ aliam reddi postulet, de quo mox. Ipsum quidem, quod solutum est, repeti, actionis nomen declarat. Dicitur indebiti soluti condictio, *d. L. indebiti, 15. eod.* Ut intelligamus idipsum solutum condici. Sed & hoc ita debetur, 4 si exstat, aut qui accepit, ex eo factus est locupletior. *L. si non sortem, 26. §. libertus*, illic, *ut puta fundum. D. eod.* Re amissa casu aut deteriore facta, quod quidem sine mora accipientis contigerit, detrimentum dantis est, non accipientis, non dico si casu res perierit amissave sit, quod certum est, & cum aliis contractibus omnibus commune. *L. quæ fortuitis, C. de pigner. act. L. contractus, D. de reg. iur.* Sed etsi facto ipsius accipientis. Ut, si is rem acceptam donaverit, servum solutum manumiserit, si distraxerit, sed minimo. *L. in summa, 65. §. penult. d. L. si non sortem, 26. §. libertus, D. de condict. indeb.* Nam cum dominus rei esse cœperit traditione, potuit ut de re sua pro arbitrio statuere. *L. in re, C. mand.* Nec ei oberit, quod eam debuit. Ignoravit enim se debere, & quidem iustissimo errore facti, utpote eo, cuius caussam etiam a solvente acceperit, dum & is tanquam debitum solvit. Hic vere diximus locum esse illi regulæ iuris, errorem facti in damnis amittendæ rei suæ nulli nocere debere, in quibus ne error quidem iuris noceat. *L. iuris. L. error, D. de iur. & fact. ignor.*

XIII. Sed hactenus, ut dixi, debetur, & repetitur res eadem, quæ soluta est, dum natura rei id patiatur; quæ interdum aliam deberi cogit, quod cum fit, aliud nimirum condici necesse est. Id accidit, eum aut res soluta, cuius fructus & pretium ad accipientem pervenit, eadem reddi non potest, aut res soluta est, quæ pondere, numero, mensurave constet. Ut res eadem vel ab initio reddi non possit, accidit in operis indebitis patrono aut domino feudi solutis, ae cur eædem reddi non possint, pluribus ostendit Ulpianus in *d. L. si non sortem, §. libertus*. Ergo in his placet deberi & condici æstimationem, quanti scilicet is, cui solutæ sint, conducturus fuerat, *d. §. libertus*. Sed & earum rerum, quæ pondere, numero, mensurave constant, ea natura est, ut harum dominio translato, si quid inde reddi debet, non eædem res debeantur, sed tantumdem, id est aliæ eiusdem generis & bonitatis. Quod quamobrem fiat, exposui pluribus ad *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Ergo si quid harum rerum indebitum solutum sit per errorem, puta pecunia, vinum, oleum, frumentum certa quantitate; sciamus hic non ipsum

4) Etsi proprietas translata, ea condicitur, sin possessio illa tantum *L. 15. §. 1. h.* Duar. *h. t. C.* 19. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 38. ita: Aut solvens putavit se obligatum in genere: & tunc si solvit pecuniam, aliasve res fungibiles, repetit tantundem: *L. 7. h. t.* sin res alias, vel illæ solutione extinguuntur, ut operæ: & præstatur æstimatio quatenus recipiens locupletior: *d. L. 26. §. 12.* vel non extinguuntur; & si extat res ipsa condicitur: *L. 32. §. ult. h. t.* sin perierit nihil recipitur, nisi cui soluta est, rem suam auxerit. *d. L. 32. pr.* Aut in specie, & si quod solutum est extat, ipsum repetit: *d. L. 7.* sin non, interdum minus, ut in *L. 65. §. pen.* interdum nihil, si qui accepit in nullo locupletior *d. L. 26. §. 12.*

ipſum deberi & repeti, quod ſolutum eſt, ſed tantumdem. Et in his locum habet, quod traditur in *L. quod indebitum*, 7. *D. de condict. indeb.* his verbis: *quod indebitum per errorem ſolvitur, aut ipſum, aut tantumdem repetitur*. Hoc autem *tantumdem* valet, tantumdem quod ſit ex eodem genere, ut hoc explicatur in *L. ſi operas*, 25. *§. 1. D. de præſcr. verb.* Et hoc eſt videlicet, quod dicitur in *§. is quoque. Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.* Ei qui indebitum ſolutum eſt, perinde condici poſſe, ac ſi mutuum accepiſſet. Utile eſt inprimis id a nobis intelligi, non ſolum ut ſciamus, quid hoc iudicio recte petatur; ſed etiam ut ex eo ſtatuamus de periculo & commodo rei indebitæ ex hoc genere ſolutæ. Nam ſi his rebus ſolutis non eædem debentur, ſed aliæ in genere, fit, ut periculum & detrimentum rerum ſolutarum ſit non iam dantiſ, ut ſupra cum eadem res debetur; ſed accipientis, qui rebus acceptis amiſſis nihilominus ſemper eaſdem illas alias debiturus ſit, quas ab initio debere cœperat, ut & in mutuo accidit. *§. item is, Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Nam hæ aliæ, cum ſint incertæ utpote in genere debitæ, non poſſunt dici periiſſe, quamdiu ex eodem genere exſtabunt aliquæ, quæ præſtari poſſint. Ut proinde dici non poſſit debitor earum interitu liberari. Poſſunt quidem illæ quæ datæ ſunt, quia certæ datæ ſunt, omnibus caſibus fortuitis perire: ſed ideo earum interitu liberatur is, cui ſolutæ ſunt, quia non ſunt debitæ. Regula autem iuris facit, ut debitor interitu rei liberetur non cuiuslibet, ſed ſolum debitæ. *L. quod te*, 5. *D. ſi cert. pet. L. ſi ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* Ex eo iam & de commodis earum rerum iudicetur. Nam ad quemcumque periculum rei pertinet, ad eum placet & commodum pertinere. *L. ſecundum, D. de reg. iur. §. cum autem, Inſt. de empt. & vendit. L. unica, §. cumque C. de rei ux. act.*

XIV. Et hæc de re principaliter debita ita certo ſe habent, cum res quæ indebita ſoluta eſt, in totum fuit indebita. Quod ſi ex his quæ ſoluta ſunt, quædam fuerunt debita, quædam non fuerunt, hic nonnunquam dubitatio oriri ſolet, quid ex his repetere liceat. Quam dubitationem animadverto duabus in cauſſis incidere ſolere. Una eſt, cum duabus rebus disiunctim promiſſis, debitor utramque coniunctim debitam putans, utramque ſimul ſolvit. Altera eſt, cum qui unam rem certam debebat, ſolvit amplius quam debebat, tantum ſe debere exiſtimans.

XV. Prior cauſſa ita ſe habet: propone eum, qui Stichum aut Pamphilum debuerit, utrumque ſolviſſe per errorem quaſi coniunctim debitos. Quæritur qui utrumque ſolvit, quando unum tantum debuit, utrum ex his poſſit condicere, eumne quem ipſe velit, ut ei repetendi electionem demus, an vero eum, quem velit is, qui utrumque accepit: ut in ſolvendo eius ſit electio, utrum reddat. Hic variant ſententiæ veterum Iuriſconſultorum, rationibus iuris rem in varias partes diſtrahentibus: quam controverſiam Iuſtinianus diremit in *L. pen. C. de cond. ind.* Marcellus, Celſus, Ulpianus exiſtimarunt creditori arbitrium dandum, quod vellet retinendi, proinde & quod vellet, reddendi, ut hoc ſolum in condictione eſſet, quod vellet reddere, ut refertur in *d. L. pen.* cuius ſententiæ tenue veſtigium licet obſervare. In *L. 1 ſi non ſortem*, 26. *§. ſi decem*, in fin. *D. de condict. indeb.* Hoc illi non temere, ne quis ſtatim tanquam illis indignum reſponſum reiiciat. Secuti ſunt in eo regulam generalem iuris de pluribus rebus diſiunctim promiſſis, aut aliter debitis, quæ docet in hoc genere electionem eſſe debitoris quam det. *L. plerunque*, 10. *§. ult. D. de iur. dot. L. 2 §. Scævola, D. de eo quod cert. loc.* Iam vero cum de indebito ſoluto reddendo agitur, ut nunc agitur, apparet in hac repetitione eum debitorem eſſe, a quo id exigitur. *L. debitor, D. de verb. ſignif.* Ita huic regulæ conſequens erat, ut huic quoque tanquam debitori electionem ſolvendi quod vellet, daremus: quod & ſuperiores fecerunt. Iulianus contra & Papinianus electionem repetendi ei dandam putaverunt, qui & ſolvendi ab initio habuit. Quam ſententiam Iuſtinianus ſuperiore conſtitutione confirmavit. *d. L. penult. C. de cond. ob cauſ. dat.* Et recte: nam ſi error facti ſolventi nocere non debet: quod & regula iuris traditur, & per ſe æquiſſimum eſt. *L. regula, L. 2. D. de iur. & fact. ignor.* omnino hæc æquitas facit, ut quod quis ante ſolutionem habuit, etiam ſolutionem per errorem ſecuta idem retineat. Qui autem illud aut illud debuit, habuit ab initio electionem dandi, utrum

5) Quam abrogatam eſſe, per *d. L. pen.* cenſent Duar. *h. t. C. 9. ſ.* 915. Cuiac. 8. *Obſ.* 35. Briſſ. *Lib.* 1. *de Solut. p.* 346. Contra Pac. 7. Q. 95. verba *quanvis utraque &c.* ita ſaltem ex Iuſtiniani mente accipienda ut habeant ſolutionem. Si *ei* [illegible], negatione conſecutionis &c.

utrum vellet. Æquum igitur, ut si utrumque per errorem solvit, eamdem electionem & post solutionem usque habeat. Quod ita fit, si sit in eius potestate facere, ut utrum velit, apud creditorem maneat, ipse utrum velit, repetat. Quid ergo ad id dicimus, quod regula iuris traditur, rebus pluribus disiunctim promissis, debitoris electionem esse, quid det, non eius qui agit? Nempe hoc sic intelligendum est, nisi debitor, ut huius aut illius rei debitor esset, per errorem adversarii sit consecutus. Nunquam enim error adversarii huic quidquam amplius dederit, quam ante iure suo habuit, ut quidem solventi per caussam erroris adimatur.

XVI. Hic iam illud tanquam contrarium occurrit quod supra attigimus, & de quo hic nos responsuros recepimus, quod legitur in [6] *L. plane*, 21. *D. de condict. indeb.* Proponantur illic duo rei debendi, qui debuerint Stichum aut Pamphilum. Qui iidem utrumque per errorem pariter solverint. Scribit Paulus hoc casu electionem esse creditoris, cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur. Sed nihil est hic, quod superiori sententiæ & constitutioni Iustiniani adversetur, ut non sint audiendi, qui hanc Pauli sententiam illa Iustiniani constitutione tolli putant. Multum enim interest, utrum duo, qui illud aut illud debuerunt, pariter ambo utrumque solvant, an vero unus qui idem debuerit, solus solvat utrumque. Cum unus solvit utrumque, quod disiunctim debuit, is ut ante electionem dandi habuit, ita & post solutionem electionem utrum velit petendi habet; & potest etiam habere, quia duæ res ab eo disiunctim debitæ electionem hanc admittunt. At cum duo duas res eodem modo debuerunt, & singuli unam solverunt, id est ambo pariter utramque, non possumus singulis electionem dare, utram petant, cum singuli unam a se solutam repetant; manifestum fit autem in unam rem quæ a singulis repetatur, electionem non cadere. Sic fit, ut hoc casu electione petendi singulis adempta, soli creditori, quid reddat, & cui reddat, electio relinquatur.

XVII. Altera caussa fuit, quæ similem dubitationem in se haberet de re, quæ condici posset, nempe hæc, cum is qui rem unam debuit, pro ea aliam maioris pretii, aut maioris quantitatis solvit, quam debuit, existimans se tantumdem debere. Veluti, si qui centum debens, quasi ducenta deberet, fundum ducentorum, aut oleum, vinum, frumentumve ad eam summam solverit. In quo quæritur, quid hic condici possit & debeat, utrum pars soluti tantum, an vero totum, quod solutum est, ut hoc recepto, præstetur id solum, quod debetur. Res posita est in facultate aut difficultate solutionis. Nam si pars commode recipi potest sine incommodo damnis & accipientis, ipsam dumtaxat recipi oportet, solam enim partem indebitam fuisse constat. Si non potest, nihil relinquitur, nisi ut totum, quod solutum est, repetatur. Ex hac ratione hæc rerum distinctio traditur ab Ulpiano in *L. si non sortem*, 26 §. [7] *si centum*, *D. de cond. ind.* ut si quidem res solutæ sint quæ pondere, numero, mensurave constant, aut fundus quidem, sed æstimatus, ut hic æstimatio soluta intelligatur magis, quam fundus; hic pars tantum repetatur, quia potest. Recipiunt enim hæ res numero ipso divisionem ita, ut partes omnes eiusdem generis & bonitatis numero pares inter se idem præstent; nec qui unam partem recipit, plus minusve habeat, quam creditor, apud quem altera pars mansit. *L. cum Stichus*, 29. *D. de sol.* Sin fundus aut similes res non æstimatæ datæ erunt, tum necesse sit ipsum fundum totum repeti, quoniam pars sine alterius iniuria recipi non potest. Etenim partem regionibus divisam repeto? plus minusve recipiam, quoniam non omnes regiones fundi sunt eiusdem utilitatis & commoditatis. Rursum repeto indivisam? in communionem cum creditore incido non sine incommodo propter discordias, quas materia communionis solet excitare. *L. cum pater*, 77. §. *dulcissimis*, *D. de legat.* 2. Quam ob caussam bene Ulpianus in proposito ait neminem compelli ad communionem. *d. L. si non sortem*, §. *si centum*, *de cond. ind.*

XVIII. Ac de re ex indebito soluto principaliter debita, quæ & condici possit, satis dictum est. Veniunt, ut proposui, in condictionem indebiti, & quidem iam ab initio sine ulla accipientis mora, etiam rei debitæ accessiones, quæ quidem ad eum pervenerint, seu quibus factus sit locupletior. Accessiones generaliter nunc voco omnia, quæ is qui indebitum accepit, ex re soluta consecutus est. Quo in numero sunt hæc: Quod rei solutæ accrescit, ut per alluvionem. *L. indebiti*,

15. in

[6]) Cuiac. 8. *Obs.* 31. casum *d. L.* 21. ex dicta constitutione *L. pen. C. h.* excipiendum esse.

[7]) Et ibi confusio significat compensationem. *Vid. not. supra C.* 7. *h. t.* Male itaque Hotom. 3. *Obs.* 5 & 7. *Obs.* 31. verba *cum pecunia* in d. *L.* 26. § 4. expungit.

15. in princ. *D. de cond. ind.* Quod ex re soluta natum est, ut fructus fundi, ancillarum partus, pecorum fœtus. *d. L. indebiti*, *L. in summa*. 65. §. *penult. eod.* Quod extrinsecus propter rem consecutus est, cuius generis hæc tria, pretium re soluta, forte distracta. *L. si non sortem*, 26. §. *libertus*, *eod.* Item servo soluto manumisso, ea quæ Iure patronatus ad accipientem pervenerunt, ut operæ, munus, donum, liberti hereditas. *d. L. in summa*, §. *penult. eod.* Postremo ædibus solutis, merces habitationis, quanta is qui accepit ædes conducturus esset, quibus & ipse usus est. ead. *L. in summa*, §. *pen.* Nam & hoc ad eum pervenisse intelligitur, cuius beneficio consecutus est, ne ad eam summam in suo esset pauperior. *L. in pupillo*, 47. *D. de solut.*

XIX. In his propria quædam huius condictionis & similium, ac veluti singularia notanda sunt, ne forte exemplum cæterarum caussarum & actionum velut contrarium hic nos conturbet: nempe illa duo, & quod de fructibus rei solutæ, & quod de pretio eius distractæ diximus. Nam in cæteris caussis cum res debita petitur, non veniunt fructus ne ex mora quidem in strictis iudiciis. *L. videamus*, 38. §. *si actionem*, *D. de usur.* In hanc actionem veniunt iam inde ab initio ex quo sunt percepti. *d. L. indebiti*, 15. *de condict. indeb.* Item re debita a debitore distracta, cuius ipse dominus fuit, non ideo in cæteris caussis pretium debere incipit, qui antea non debuit. Unde evenit, ut si res distracta postea pereat ante moram, ipse omni ex parte liberetur, ut nec pretium restituere debeat ante non debitum, nec æstimationem rei, cuius interitu sit liberatus. *L. venditor ex hereditate*, *D. de hered. vel act. vend.* contra, quam in indebito soluto atque hac condictione fieri respondemus. *d. L. si non sortem*, 26. §. *libertus*, *de condict. indeb.* Cur hæc tam varie? Quia in cæteris caussis res debitas petimus, quæ nostræ non fuerunt, aut si fuerunt, pervenerunt ad eos ex iusta aliqua caussa nostro consensu, ut significatur in *d. L. videamus*, §. *si actionem*, *de usur.* In hac condictione & similibus petimus, quod nobis de nostro abest, & apud alium est sine caussa, utpote tanquam debitum solutum, quod debitum non fuit. Nihil æquius, quam ad nos redire id omne, quod de nostro apud alium est sine caussa. Unde & hæc condictio introducta dicitur ex æquo & bono. *L. penult. D. de condict. indeb.* Nihil magis secundum naturam, quam neminem de alieno locupletiorem fieri cum detrimento alterius. *L. nam hoc*, 14. *D. eod.* Hinc dicta hæc condictio naturalis, in *L. indebiti*, 15. *D. eod.* non ob aliam caussam, quam quod naturæ id est boni & æqui regula utitur ad res exigendas, quas in rebus nostris, quæ sine caussa ad alium pervenerunt, præstari æquum est.

XX. Sed quemadmodum supra scripta veniunt in hanc condictionem; ita ex eadem naturæ & æquitatis regula non ultra veniunt, quam quatenus is qui accepit, qui se suis uti iustissimo errore putavit, [8] locupletior his factus est. Itaque si paucos fructus percepit homo negligentior, solum reddat quos percepit. *L. indebiti*, 15. *D. de cond. indeb.* Si rem vendidit minimo, non plus reddat, quam consecutus est. *L. si non sortem*, 26. §. *libertus*, *eod.* Ædibus solutis inhabitatis æstimationem præstat habitationis, sed quatenus ipse conducturus fuerit. *L. in summa*, 65. §. *pen. eod.* Hac ipsa de caussa, cum usuræ non sint in fructu, neque natura, sed negotiatione percipiantur. *L. usura*, *D. de verb. signif.* *L. si navis*, *D. de rei vind.* fit, ut pecunia ex caussa indebiti soluti debita, hæc repetatur sola, non etiam usuræ accedant, ne ex lite quidem contestata. *L. 1. C. de condict. ind.*

8) Recte, tametsi diss. Iac. Schulth. *Pract. QQ. Cap.* 18. n. 81. *& seqq.*

C A P. XIX.

Ad L. frater a fratre 38. *D. de condict. indeb.*

Opportunitas atque ordo huius Commentarii.

His cognitis, quæ ob caussam præteritam dantur, tempus esse videbatur, ut transiremus ad ea quæ dantur ob caussam futuram, ut erat propositum. Sed priusquam id faciam, hic me revocat, ac veluti aurem vellit celebre illud & nobile responsum Africani, cuius initium est frater a fratre. Quod cum inciderit in tractatum de condictione indebiti, quasi etiam ad eam partem pertineat, non patitur se a me silentio præteriri. Visum est igitur priusquam hinc discedimus, attingere hoc loco, eiusque explicationem, quæ quidem mihi videatur, quam brevissime & dilucidissime fieri poterit, subiicere. Id quod eo faciam libentius quod omnibus ætatibus de eo responso inter [1] doctissimos interpretes varie certatum sit, & eius explicatio ab his qui hunc titulum tractant, soleat exspectari. Summam disputationis & sententiæ Africani breviter proponam, ut ea animadversa, facilius deinde quid toto hoc responso in singulis eius partibus ambigatur, & quo quidque pertineat, intelligatur. *Frater a fratre cum in eiusdem patris potestate ambo essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit. Quæsitum est an repetere possit.* Totidem verbis Africanus ex facto quæstionem ponit. Quæstio in eo est, an frater pecuniam mutuatus eam debuerit. Si debuit, non repetet, ne si natura quidem tantum debuerit. Si non debuit, indebitum condicet ea lege, qua cætera, quæ indebita soluta sunt, repetuntur: cum scilicet per errorem facti soluta sunt. Nunc quidem de

1) Nam in eius sententia eruenda multum insudarunt, non tantum veterum interpretum primarii Bart. Bal. Fulg. Castr. Ias. & alii, sed & noviorum nobiliores Zas. Coras. *in Comm. ad h. L.* Duar. *h. t. C.* 6. Cuiac. 9. *ad Afric.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 30. Hotom. *in Disput. ad h. L. & in Append. contra* Lescur P. Lonot. *de iur. arte Tr.* 3. *de Consangu. Ax.* 28. *& seqq.* Chirond. 1. *Verisim.* 9. Henr. a Suerin *Repet. Lect. C.* 10. Vinc. Cabot. 1. *Disput.* 22, *&* 2. *seqq.* A. Fab 20. *Coni ect.* Tametsi autem Cabot. *d. C.* 22. hoc responsum sermone magis hominum haberi quam re ipsa esse difficile velit, res tamen ipsa & constans aliorum opinio, ut de auctore taceam, reclamat. Unde Bart. *h. L.* re & fama difficilem esse scribit, ut nulli in toto corpore iuris cedat, Ac Ias. legem hanc intricatam obscuramque vocat ut cum *L. Gallus* conferri mereatur, vixque statui possit, utrius difficultas maior. Liceat hic mihi, per veniam eruditiorum, lividorum enim, quos mihi multos scio, tantum abest ut censuram extimescam vel deprecer: ut sacra Palladi faciens, eam avidius ambiam tentare, numquid aliqua ad mentem Africani adferre, verumve sensum eruere valeam. Præmittam autem quasdam conclusiones loco præmunitionum, quæ ad faciliorem perceptionem facere videntur. I. Concl. Ius naturæ fictionem non agnoscit. Est enim fictio commentum iuris civilis ad usum vitæ communis, contra naturam rerum veritatemque accommodatum, ut Althus. 1 *Iurispr.* 1. *per Leg.* 2. *de Usuf. ear. rer. L.* 54. *de O. & A. Fac L. filio* 23. *d. t.* Imaginaria enim sunt ad imitationem & similitudinem rerum naturalium conficta, vid. Cur. *tr.* 2 *Cent. ad Fr* 13. Ang. Matthæac. *Lib.* 1 *de Via iur C.* 20. *toto.* II. Cui consequens in obligatione naturali per se, & quoad naturales effectus, non ad LL. commenta & argutias attendi, sed veritatem solam spectari, eaque a fictione civili distingui. *L.* 8. *de cap. min.* Unde nec per fictionem civilem perimitur, ut per emancipationem *h L.* § 1. *&* 2. 11. *de pecul.* Et hactenus recte Hotoman III. Unionis fictio iure civili inducta tum inter patrem & filium, tum inter fratres eiusdem familiæ genuina ratio est, cur filiusfamilias patri; itemque filiifamilias Fratres sibi invicem civiliter nec obligentur nec obligent, vid. *supra Lib* 12. *C.* 23. *N.* 2. IV. Cessante igitur illo impedimento, iure naturæ, non impeditur obligatio naturalis Quo circa illa non tantum inter patrem & filium, sed & inter fratres eiusdem familiæ vere consistit. Quod cum Hot. agnoscunt Rob. Sverin & A. Fab. *dd. locis.* Idque probat tum *h L. nostra pr.* ibi naturalem obligationem quæ fuisset, & in *fi. pr.* ubi habetur comparatio fratris cum extraneo, quæ si constare debet, liquet fratri non deberi, tanquam heredi patris, ut vulgo & Cuiac. sed tanquam fratri, qui credidit, cum certum sit extraneum illum, a quo comparatio ducitur, non esse heredem, Suerin. *d. loc.* Et ut in priori membro comparationis, quando extraneo debuit, intelligitur tempus vitæ paternæ, quo cum eo contraxisse ponitur, ita, & in posteriori in verbis *quod fratri debuisset*, idem tempus intelligetur. Tum aliæ ut *L.* 9. § 3 de pecul. *si quid his debeatur qui sunt in eius potestate.* Clarius *L.* 7. §. *pen. d. t.* ibi, *aut si debitorem eius* & §. *ult. si quid & conservus debet & L.* 17. *d. t.* verbis hisce: *sed etsi quid* (vicarii) *non mihi* (domino) *sed ordinario servo debent, deducetur de peculio eorum, quasi conservo debitum.* Quod si itaque inter conservos naturalis obligatio, facilius inter confiliosfamilias Itemque *L.* 6. *de pecul. leg.* verbis: *Siquidem nihil sit quod servus domino vel conservis, liberisve domini debeat.* V. Eadem fratri semel quæsita, per se ipsa, & quoad effectus naturales persistit, ac in persona fratris, eiusdemque filiifamilias creditoris permanet, neque ab eius ossibus avelli potest, ipsa naturæ ratione obstante. Quod tum *dd. LL* clare probant, maxime verba *d. L.* 17. *non mihi.* Tum rationes Hotom. firmant, cui in eo Sverin. & A. Faber consentiunt. Quarum potiores hæ: (1) Ut patri acquirat filius obligationem aliasque res, est ex LL. argutiis & fictione unionis *supra Lib* 9 *C.* 6. *N.* 1 *& Lib* 12. *C.* 17. *N.* 2. In obligatione autem naturali nudum factum consideramus, non iuris effectum. *L.* 41 *de pecul.* nec fictioni locus *supra Conclus.* 2. Naturaliter igitur creditor qui numeravit; debitor qui accepit. (2) Sic & alia quæ naturalia dicuntur nec patriæ nec dominicæ potestatis vi transeunt, ut possessio naturalis *L.* 24. *de acq. poss.* & ex similibus probat A Fab. *per L.* 44. *Pr. &* §. 1. *de cond & dem. L.* 21. *de adim. leg* (3) Si obligatio filii creditoris quæritur patri, ad eundem quoque transibit obligatio filii debitoris, & sic passiva, ut vulgo vocant, ex natura relatorum, & per regulam *L* 9 §. 1. *de Usuf. L.* 10. *de R. I.* & quia ex negocio filii cum extraneo contracto pater & creditor ex credito, & debitor ex debito efficitur. Quo posito pater hic erit eiusdem rei nomine creditor ex persona mutuantis, & debitor ex accipientis, quod natura non sinit. (4) Alias non poterit pater filio naturaliter obligari, si obligatio filii activa quæritur patri. Atqui potest. Quare si patria potestas, quæ personam ipsam simul ac res filii suo arbitrio subiectas habet, non obsistit naturali vinculo, quanto facilius eodem frater fratrem,

de indebito solum quæritur. Et de huius fratris obligatione ita statuatur: Frater fratri, quoad pater vivit, cuius in potestate est frater creditor, debere nihil potest. Si quid enim hinc deberi cœperit, huius commodum patri acquiritur. Ita patri deberi incipiet, non fratri, si quid frater cum fratre contraxerit. Mortuo patre, frater pecuniam mutuatus fratri creditori debere incipiet, pro qua parte frater creditor patri heres extiterit. Hic enim in partem obligationis paternæ succedit. Ex his de proposita quæstione iudicetur. Nempe ergo pro qua parte frater debitor heres patri extitit repetet: quia neque vivo patre unquam fratri debuit, neque mortuo patre, cœpit pro ea parte debere. Pro ea autem parte, qua frater creditor heres extitit, non repetet: quia & pro ea parte debere cœpit, successione. Hoc ita est, nisi obligatio naturalis, quam unam in hac specie intercessisse intelligimus, pro ea etiam parte sublata proponatur. Sic autem tolletur, si ex peculio fratris debitoris tantum ad creditorem fratrem pervenerit. Ita enim statui debet, apud quemcumque peculium filiifamilias sit, una etiam ad eum transire obligationem eius, cuius peculium fuit, ut extraneis etiam creditoribus filii inde solvere debeat. Quod si extraneis debet, multo magis sibi. Hæc Africani sententia est usque ad illum locum, Quæsitum est. Quæ an recte a nobis expressa sit, quamque rationem habeat, videamus: expendamusque ad eam rem sigillatim ipsius responsi partes. Speciem primum, deinde quæstionem summam, tum sententiam & rationes Africani.

In specie hæc animadvertenda. Primum, quod proponit fratres tum, cum mutuum inter se inibant, in eiusdem patris potestate fuisse. Id in fratre creditore fingi necesse est, ut procedat quæstio. Hic enim si esset emancipatus: non modo ei frater obligari posset naturaliter, sed & mutuo accepto, obligaretur civiliter, ut est conditio in obligatione contrahenda filiorumfamilias: quos placet ex omnibus caussis obligari, non secus atque patresfamilias. *L. filiusfamilias, D. de obligatione, & action. L. tam ex contractibus, D. de iudic.* Ita obligatus, si fratri creditori solveret, sive vivo patre, sive mortuo id faceret, solutum repetere non posset ab eo, qui sibi debitum recepisset. In fratre debitore eamdem potestatem intelligi ad quæstionem propositam non est necesse, quoniam etiam si sit emancipatus, æque futurum sit, ut fratri, qui in patris

trem, in quem nulla ei est potestas tenebit alligatum. Nec huius argumenti vim tollit solutio Donelli nostri hic, quia præsupponit quod hæc obligatio patri acquiri possit, in quo conditio naturalis obligationis & superiores rationes resistunt. Ac si propositi contrahentium ratio habenda, neque hic neque illic patri acquiri debet obligatio. Neque enim frater a fratre mutuando hoc agit ut patri reddatur. Minus eam elidit Cuiacius, acquiri scribens obligationem ipso iure, quandiu pater illa acquisitione non utitur, id est quandiu filium peculium habere sinit, non intelligi acquisitam. Extincto peculio, apparere acquisitam fuisse. Nam immo pater filio obligatus manet, sublata potestate & peculio extincto *h. L. §. 2.* Et quo magis dices ipso iure acquiri, eo magis in absurdum illud incides, quod eodem instanti obligatio simul & produci & confusione extingui videatur, A. Fab. *Cap. ult. 5.* In obligatione naturali æquitas sola & maxime spectanda, ex eaque & solo iure naturæ, remotis personarum differentiis, illa metienda & æstimanda, vid. *Lib. 12. C. 2. N. 2.* Æquitas autem fidei servandæ & ius naturæ iubet fidem servare illi cui data, solvere cui promissum est. Quare nec si patri præstiterit a fratre mutuatus, obligatione naturali liberabitur, quia naturalis simul & civilis ratio suadent ne solutio liberet quam quæ creditori fit, eove consentiente alteri *L. 39. de neg. gest.* Idque ad naturale debitum quoque pertinere ostendit A. Fab. *d. C. ult. pag. 167. per L. 3. & 4. L. invito 52. C. de sol.* VI. Concl. Tametsi obligatio naturalis ipsa a persona filii non recedat: effectus tamen illius civiles, quos a LL. accommodatos habet, vid. *supra Lib. 12. C. 2. N. 15.* ad patrem pertinent, atque ad illum transit emolumentum illius. Soluta quippe pecunia patri acquiritur, compensatio illius commodo cedit &c. Atque hactenus vera vulgo DD. sententia probata a Cuiacio & Donello non autem simpliciter. Subodoratus hoc ex antiquis Bal. *ad h. L. n. 5* sic scribens. Naturalis obligatio radicatur in filio, quantum ad principium acquisitionis, sed quantum ad effectum consequutionis & emolumentum respicit patrem solum, cui est ius quæsitum. Et ideo si succedit patri, confunditur obligatio. Ita autem dum distinguunt Sverin. Rob. & A. Faber commode obiecta *ex L. 79. de acq. her. L. 1. § a par. su. man. &c.* diluunt. Neque hæc inanis argutia, aut omni effectu ideo carens obligatio in filio: sed effectus qui sunt naturales manent. Efficit hic impedimentum iuris civilis non ut effectus naturalis, qui est solutio, impediatur. Fieri enim illam iubet ius naturæ ipsi fratri, cuius fidem frater secutus. Sed ne sic solutum filiofamilias fratri, qui credidit, ipsi acquiratur. Non quia is obligationis naturalis acquirendæ vel retinendæ, sed quia dominii incapax. Ius Civile efficere non potuit ne frater fratri ex naturali mutuo naturaliter obligetur. At hoc effecit ne ex ea caussa solutum eius proprium fiat, quia proprium aliquid illum habere extra caussam militarem vel quasi non permisit. Quin & cum pater ipse filio obligatur naturaliter, licet ipsa obligatio sit filii, cum patris esse non possit, ex DD. etiam sententia: non tamen emolumentum illius. Nam quando illud debitum naturale pater exsolvet, non inde fiet ut filio quæratur, ac ex patris dominio exeat, sed id tantum ut finus illud separatum a patris rationibus in peculio habere incipiat, vel si ex peculio crediderit, in illud recipiat. Pariter & hic si filiusfamilias fratri ex peculiaribus nummis (ceu plerique ponunt) credidit, atque a fratre solvitur vivo patre, aliquis effectus naturalis in persona filii. Nam si pater omnimodo creditor esset: soli illi solutio fieri posset, vel saltem facta fratri qui crediderat, nihil illi in pecuniam tribueret, sed simpliciter ea ad patrem transiret, nec peculiaris fieret, nisi nova sequuta concessione patris. Nunc autem quia obligatio aliqua naturalis adhæret ipsi fratri, solutum ita recipit, ut in peculium, ex quo numeravit, revertatur, atque ita licet non dominium, tamen administrationis facultatem in ea consequatur. Interest quoque & hoc quod pater creditoribus aliis filiifamilias de peculio ad illius vires tenetur. Expedit igitur illis obligationem huiusmodi esse peculiatem, quam si patri omnimodo obveniret. Denique remoto impedimento incapacitatis dominii filio efficaciter solveretur. Ut si pater filium emancipaverit vel donato vel non adempto peculio, quo casu donasse censetur *L. 31. §. 2. de don.* Si tunc ei solvatur, nec obligatio ante perempta fuerit, dominium ei nummorum acquiretur. Quod non fieret si obligatio, tempore potestatis contracta, plane patri quæsita fuisset. Quibus ita firmatis obiecta DD. solven-

patris potestate est, non magis obligetur, quam si & ipse esset in eiusdem patris potestate.

Illud deinde in eadem specie observandum, quod proponitur frater debitor post mortem patris solvisse. Quod ideo fingit Africanus, ut hic quoque procedat quæstio. Nam si frater debitor, vivo patre, fratri suo solvat, repetitionem non habebit citra controversiam. Emancipatus ideo non repetet, quia debuit saltem patri, cui nunc hæc pecunia acquiritur. Sed nec repetet frater filiusfamilias, quia ut ex eo facto soluti condictio esset, ea tamen patri acquireretur, quam is suo iure exercet. Nam filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet. *L. filiusfamilias, D. de obligation. & actionib.* At mortuo patre, si frater debitor, fratri solvat, quod frater non debuit, est, & qui repetere possit, & a quo possit repeti. Uterque enim morte patris sui iuris factus est. *§. 1. quib. mod. ius pat. pot. solv.* Hoc posito, quod diximus. Quæsitum est, ait Africanus, an qui solvit, repetere possit? cum res ipsa docet, tum ex responso Africani facile intelligetur.

Responsum ita se habet, ut Africanus referre existimet quam partem hereditatis hic spectemus, utrum eam ex qua is qui solvit, patri heres exstitit; an eam ex qua exstitit frater, idemque creditor. Successisse enim patri fratres supponit, quod etiam sine testamento futurum est: quippe cum patri heredes sint sui & necessarii, ut qui in potestate morientis fuerunt. *§. sui, Inst. de her. quæ ab int. def.* Ait ergo, utique quidem pro ea parte, qua ipse qui solvit, heres exstitit, repetiturum. Hoc expendamus. Cur repetit? non alia ratio esse potest, nisi quia non debuit: cum, ut dixi, hoc loco non de errore solventis, sed de ratione Africanus disputet, ut tam frequens mentio obligationis naturalis, quæ sequitur, indicat. Hoc ergo quæramus, an frater fratri obligetur. Et vero ita statui debet, fratrem fratri, quid autem fratrem dico? immo adeo extraneum quemvis a filio, qui in potestate patris sit, neque mutuam pecuniam ab eo accipiendo, neque quovis alio modo cum eo contrahendo, ei obligari. An quod cum filiofamilias nihil geri potest, ut is qui eum eo contraxerit, non obligetur? Minime vero hac ratione: Nam frater filiusfamilias si a fratre, qui in eiusdem patris potestate sit, pecuniam mutuetur, is qui accipit, obligatur. Etenim si caussa obligationis quæritur, iusta caussa est mutui, ex qua qui acci-

solvenda. Cum primis autem ab illis ut & Donello nostro hic urgetur *L. 9. §. 3. de pecul.* Sane eo textu commotus Accurs. *ad h.* licet ab omnibus desertus, colligit duas, ex huiusmodi filiifamilias vel qui in potestate est, negotio obligationes naturales oriri. Quarum una patri dominove quæratur, altera maneat apud filium; atque ita patrem & filium similes esse duobus credendi reis. Probabilius quam DD. & maxime Cuiacius, qui obligationem ne momento quidem in persona filii subsistere sentit, cum tamen aperte *d. §. 3.* dicat: *si quid his debeatur hoc quoque, &c.* Hotom. hinc se nte non expedit, dum modo vult abusive istud dici & impropriissime, quod verba *nemo ambigit* non patiuntur a) tentat id ad peculium filiorumfamilias extendi non debere. Sed ratio discriminis nulla ideo nec diversitas. (3 *in Append. contra* Lescur. accipit *d. § 3.* quoad iuris prætorii effectum, non quoad factum & ius naturale. Et hic quidem melius Aliqua enim civili ratione, quatenus ipsius servi peculium domini, filiifamilias patris est, dici potest domino deberi. Nec obligatione mere naturali aliquem civilem respectum, ratione videlicet effectus ac commodi, accommodare inconvenieas. Commode se expedit Sverin. *d. C.* 10 ad similitudinem civilis rationis ea dici contra eum, qui de peculio agens, adversus patrem dominumve, eius vires excutit. Ubi patet ad hoc ut peculium minus æstimetur, merito dicere potest sibi deberi, quod filio suo alteri vel servo a fratre vel conservo, naturaliter debetur. Reliquis obiectis qui occurri debeat ex dictis apparet. Dominii & possessionis plane diversa est ratio, quæ non personam, sed rem respiciunt &c. & dominium iuris est, non facti, & possessio, quatenus facti est, ipsius servi: nec domini, nisi mediate possidentis per servum. VII. Concl. Confusione ex successione, proportione hereditaria, perimitur etiam obligatio naturalis, vid. *supra Lib 12. C. 2. N. 16.* VIII. Peculia liberorum mortuo patre ad communionem in hereditate vocanda *d. L. 13. C. Fam. erc.* Eademque tunc ius ac nomen peculiorum amittunt, conversa in caussam hereditatis, eamque augentia. Nam cum peculium non sit patrumfamilias; morte autem patris, filiifamilias esse desinant, necesse est peculium quoque perire, ut A. Fab. 20. *Coniect. ult.* Hinc profectitium peculium non dicitur conferri, sed dividi *L. 12. C. de Collat.* Rob. *1. Rec. Lect.* 30. Vocatur autem hic peculium per anaphoram, relatione habita ad tempus vitæ paternæ, sicuti & sæpe hereditas adita vel acquisita. IX. *Æs alienum* onus quidem peculii *L. 32. §. 1. de pecul. & sim.* Quod tamen id dicitur ipso iure exinde minui *L. 30. pr. de act. em.* id civiliter intelligendum. Naturaliter enim ex debito augetur, atque accessione crediti aliunde accepti, illatique crescit potius. Nam si ad quantitatem æris alieni imminueretur, ut tanto minus in eo censeatur ad quantum exsolvendum obstrictum est, utique quo casu nihil amplius in peculio quam debito, magisque illo quo peculii vires debita excedunt, plane interiret. Quia eadem ratio imminutionis quæ extinctionis, eadem partis quæ totius *L. 76. pr. de R. V.* Cui consequens esset, quod iuri omnino repugnat, actioni de peculio locum non dari, quando credita peculiaribus bonis maiora, quasi nec tum esset amplius peculium. X. Ex quo infertur *in specie h. L.* fixatum fuisse peculium fratris debitoris naturaliter; hoc est quæcunque in illo bona, reipsa & de facto reperta, sive a patre alias profecta, sive ex credito illata, aut comparata, sine deductione debiti cæteris bonis hereditariis fuisse permista & in communionem revocata. Quod & planissime probat *v. idque maxime consequens h. L.* In quo dum diversum sentiunt Hotomannus & A. Faber, licet diversimode, a vera caussæ constitutione deviare videntur. XI. Mutuum ex civili magis ratione quam naturali dominium in creditore exigit. Hinc mutuum naturale inter patrem & filium, fratresque eiusdem familiæ, cum tamen dominium a mutuante patre non recedat, nec in filium transeat XII. Condictio indebiti exigit facti errorem, vid. *supra C. 14.* In quo errat Hot. *d. loc. p. m. 511.* fratrem ideo solvisse, quod crediderit se civiliter & efficaciter obligari, scribens. Nunc ad speciem responsi accedo, casum ita constituens: Caius & Seius in patris communis Titii sacris, Seio pater assignavit peculium. forte in 100. Idem a Caio petit & accipit mutuo 100. Sive autem ex peculio suo Caius crediderit, sive ex pecunia paterna, cuius forte administrationem habuit, parum, mea sententia, refert, & recte Iason, posse hanc legem in utroque, ut loquitur, verificari. Nullum sane fat clarum in verbis huius responsi indicium, peculiares nummos fratri, qui peculiatus

accipit, obligetur: cæteri quidem iure civili, filiusfamilias autem saltem natura. *Inst. quib. mod. re contr. obl.* in pr. *L.* 9. in fin. & *L.* seq. *D. de sen. Mac.* Si persona spectatur, filiusfamilias in re contrahenda non alio loco habetur, quam paterfamilias. Certe ex omnibus caussis pariter obligatur uti paterfamilias, ut ante dixi. *d. L. filiusfamilias, D. de obl. & act. L. tam ex contractibus, D. de iud.* Et dubitemus eum qui contrahendo conditionem suam deteriorem facere potest, posse etiam contrahendo acquirere, & meliorem conditionem suam facere, cum hoc proclivius iure concedatur? *Inst. de auct. tut.* Quid ergo est? Nempe hoc est: obligatur quidem frater mutuum a fratre accipiendo, obligatur & quivis extraneus; sed non obligatur fratri mutuum danti, de quo nunc quæritur. Non sane quod per eum fratrem, qui dedit, non acquiratur obligatio; sed quod per eum quæsita, statim ad patrem transeat iure potestatis. Sic enim regula est iuris antiqui, quidquid filius qui in potestate est, acquirit, eius emolumentum patri eum acquirere. *L. placet*, 79. *D. de acq. hered.* *L.* 1. in pr. *D. si quis a pat. fuer manumis.* Quæ & post constitutiones Iustiniani in peculio profecticio etiam nunc manfit. §. 1. *Inst. per quas person. nob. acq.* Temporibus autem Africani etiam in cæteris peculiis valuit, excepto peculio castrensi & quasi castrensi. *L.* 1. §. *nec castrense, D. de collat. bon.* Hoc autem posito, fratrem quod a fratre sit mutuatus, non fratri, sed patri debere, quæsita ei obligatione: sequitur aliud, quod statui ad intelligentiam sequentium verborum non tam utile est, quam necessario pertinet: illud, inquam, ut idem frater qui mutuum accepit, quandoquidem patri obligatur, non iam ei civiliter, sed naturaliter tantum obligetur, atque ita in hoc mutuo quod proponitur, obligatio naturalis tantum fuerit, qua frater debitor teneretur. Et hoc est, quod Africanus hanc solam obligationem in proposita specie agnoscit. Subiicit enim; „naturalem obligationem quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, & quæ sequuntur. Et recte. Nam inter patrem & filium, qui in eius potestate est, iure civili nulla actio nasci potest, nisi de castrensi & quasi castrensi peculio,

tus) ut vocat *L.* 18. *de ad. ed. L.* 13. §. 4. *de act. em.*) proponitur, numeratos fuisse Diem functo patre, filius uterque heredes ex æquo, bona dividunt, illato prius Seii debitoris peculio, ita tamen ut nulla ratio haberetur reputationis & deductionis debiti naturalis, ut *supra Concl.* 10. Postea aliquo facti errore, iuxta *Concl.* 12. Seius solvit Caio 100. Quæritur an condicere possit. Dubium movet naturalis obligatio cuit soluti retentio a legibus indulgetur. Resp. IC. dist Pro parte hereditaria utique repetit, id est sive plus sive minus ex peculio ad Caium venerit, immo etsi nihil. Rationes decidendi quas reddit A. Faber in specie licet aliquantum dispari. 1) specialior Cum peculium morte interierit, resque peculiares hereditariæ effectæ *supra Concl.* 8. obligatio quoque illa naturalis, onus peculii, *Concl.* 9 hereditaria reddita. atque ita pro parte, qua debitor heres, confusione sublata, per *Concl.* 7. (2) generalior. Quia obligatio naturalis: effectus civilis, illi coortus, acquisitus patri, per ea quæ *Concl.* 6. ex ipso tempore contractus: Ius videlicet retinendæ pecuniæ, non uti debitæ, per *Concl.* 5. sed uti per solutionem, quandocunque tandem ea fieret* filio, acquirendæ. Quare cum filius post mortem patris solvit, perinde habetur, ac si solvisset vivo patre. Quo casu utique ei solutum acquisitum fuisset, idque in hereditate reperiretur, adeoque suam partem Seius ex eo iure successionis reciperet. Quocirca ne Seii debitoris deterior nunc sit conditio, repetit indistincte pro parte sua hereditaria, qua patri successit, non quidem in ius creditoris ut DD vulgo Cuiacius & alii, sed in ius retinendi quod solutum fuisset. Quo ipso res quasi in pristinum casum redit, æqualitasque inter fratres servatur. Pro altera vero parte subdistinguit. Si nihil ex peculio Seii ad Caium pervenerit: nihil repetitur: sin plus vel tantum, quanta medietas pecuniæ mutuo datæ, naturalis obligatio & ex ea parte expirat. Sin minus ad concurrentem quantitatem. Idque propter obventionem quidem partis peculii, ut diserte Africanus. Non tamen potestate confusionis alicuius, ex successione hereditaria; sic enim nulla virium peculiarium, excederent debitum, an excederentur, ratio haberetur; nec successionis in peculium, ut Bart. Bal. Ias. & Antiqui & Cuiac. quasi diversa sit hæc successio a successione hereditaria, quod convellit *Concl.* 8. sed solutionis ac deductionis, quæ alia a confusione A. Fab. *d. C.* 20. *pag.* 168. Quia deduci debuit ac potuit debitum naturale, nec id factum: sed res omnes ut naturaliter repertæ, ita communicatæ ac divisæ: In illis autem fuit & pecunia a fratre accepta, resve inde paratæ. Quæ dum una ad fratrem cum aliis peculiaribus bonis, pro parte dimidia, reversa: eo ipso sine partem eam debiti is consequutus: ut si iterum errore aliquo solvatur: indebitum præstitum censeatur. Exemplis hæc quam potero dilucida faciam. Ponam casus ubi peculium maius debito naturali reperitur, ubi æquale, ubi minus, ubi nullum. Ubique præsupponam filio peculiato a fratre credita 100. Ubi maius. Finge, In hereditate reliqua 1000. Peculio naturaliter insunt. 200. videlicet 100. aliunde, & 100. ex credito accepta. Hæc 200. ad communionem revocari, non deducto onere debiti 100. Contributis universis bonis ut 1200. ac divisis, pro se quisque fratrum consequitur 600. Postea Seius Caio solvit 100. Qua re factum ut Caius tum habuerit ex hereditate 700. Seio remanserint 500 Hic amplius ex peculio medietate debiti adeptus Caius, ideoque integra 100. repetuntur, quibus receptis res in pristinum statum revertitur, eundemque effectum habet, ac si vivo patre illa 100. soluta essent. Ubi æquale: Pone divisa bona cætera hereditaria 1000. collato peculio, in quo 100. quod ipsum tamen in tantundem Caio obstrictum. Cuique obvenere 550. Postea solvens 100. fecit ut sibi tantum supereffent 450. fratris autem bona, accessione 100 aucta conficerent 650 Hic quoque integri exsolutum repetitio tribuitur, eodemque res, ut in priori casu, redit. Ubi minus: Seius creditis a fratre 100. mortis paternæ tempore, & ex aliis profectitiis & ex coniunctis illis, quæ mutuo acceperat, in universum habuit in peculio 50. reliquis suo vel fortunæ vitio perditis, contributis his 50. & reliquis 1000. divisis, obtingunt cuique 525. Postea 100. solvit Seius Unde illi reliqua 425. Caius autem habere incipit 625 Repetuntur hic utique, idest sine dubietate, 50. pro parte hereditaria ipsius Seii, quia pro ea in ius retinendæ pecuniæ illius quandocunque solveretur, patri successerunt, ut *supra.* Pro parte autem Caii creditoris tantum 25. quantum videlicet ille antea ex peculiaribus, quæ superfuerant, bonis, adeptus erat Hinc fit ut post receptionem 75 Caius retineat 550. Seio vero fiant 500. ut ita creditori Caio, nihilo plus minusve relinquatur ex bonis paternis, quam si mutuo naturali non contracto, pecunia, nunquam sive ex bonis paternis, sive, quod perinde est, ex peculio Caii ad fratrem pervenisset. Datur enim hæc condictio non ultra quam accipiens factus locupletior. Quanquam autem hoc casu, si frater, cuius peculium imminutum, non solvisset: nulla contra eum, nec ratione 25. daretur exactio ob infirmi-

eulio, & si quod aliud est peculium, quod patri non acquiratur. *§. hi qui. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. L. lis nulla, D. de iud.*

Sit ergo hactenus ratio exposita, cur frater a fratre qui in eiusdem patris potestate est, pecuniam mutuatus, obligetur quidem; verum non fratri mutuanti, sed patri, cui per mutuantem quæsita est obligatio, obligetur autem non civiliter, sed naturaliter. De repetitione quod subiicit Africanus, quale sit, videamus. Respondit, inquit, utique pro ea parte, qua ipse (pecuniam mutuatus) patri heres extitisset, repetiturum. Cur ergo repetet? Non sane quia naturaliter tantum obligatus fuerit, cum vel sola naturalis obligatio ad retentionem soluti satis sit: sed quia omnino pro ea parte non debuit. Neque id alia ratione efficitur, quam quod patri quæsita obligatione, simul evenit, ut nulla obligatio in persona fratris mutuum accipientis consistat. In qua sententia omnes ad nostram memoriam interpretes fuerunt. Et recte. Quomodo enim aliter defenderent, fratrem quod mortuo patre fratri solvisset repetiturum; nisi in eo eatenus nec naturalem obligationem hærere concederemus? Quod cum displiceret Francisco Hotomanno nostro, cœpit is contra omnem sententiam hoc disserere, civilem quidem obligatinnem per filium quæri potuisse, naturalem non posse: denique si quid frater a fratre acceperit, huic si minus civiliter, naturaliter certe obligari. Consequens esse, fratrem qui solvit, pro ea parte ex qua heres exstitit, non repetiturum. Itaque non dubitat locum ita emendare, ut pro repetiturum, quæ lectio est omnium exemplorum, quæ ubique sunt, legatur negative, non repetiturum. Equidem mihi non placere sententiam iam olim Biturigis anno 1560. quo tempore hæc scripsi, publice ostendi in huius responsi explicatione, ut non dubitem si cui hæc disputatio nunc legetur, neminem tamen existimaturum in gratiam cuiusquam aut odium a me eandem nunc emitti; cum audiet a me tam multo ante exiisse, quam quisquam adversus eam idem diceret, vel scriberet. Sed tamen agnosco superiorem sententiam a viro docto magnis & nullo modo contemnendis rationibus defendi, ut si quis his victus idem sen-

firmitatem obligationis naturalis, cui ius Civile hactenus non adsistit: nihil tamen mirum retit alio perduci solutione facta, cum sæpe veniat, ut cui actio non competit, ei retentio concedatur. Ubi nullum. Seius mutuatus a Caio 100. Omnibus consumptis nihil in peculio, quod reperiretur, retinuit. Paterna alia bona 1000. Ex quibus quisque frater percepit 500. Seius solvit 100. Caio. Hic quia nihil ex peculio Caio obvenit, pro parte illa, qua Caius heres, negatur repetitio: pro parte vero Seii conceditur. Eveniet itaque ut repetitis 50. Caius retineat 550. quod videlicet ex successione paterna habiturus, si mutuatio nec facta fuisset. Tunc enim hereditaria bona effecissent 1100. Pro parte vero altera qua Seius debitor heres, tam hoc casu quo nihil in peculio, quam superiori, quo minus debito, plane expiravit obligatio, non secus ac in prioribus duobus casibus Quod probant non tantum vocula *utique* in nostro responso, id est indistincte nullo respectu ad vires & substantiam peculii habito, & superiores rationes, quia obligatio peculiaris hereditaria effecta, & quia in ius retentionis filius debitor, pro quota hereditaria successit, sed etiam illa æquitatis, qui naturalis obligatio regitur ratio. Quia bona fides quenquam amplius quam semel sibi debitum vel exigere vel quacunque ratione obtinere vetat *L. 57. de R. I.* Atqui pro illa parte, quantum creditorem habere ex vi obligationis naturalis æquum est, tantumdem ex bonis paternis adeptus est, etiam iis casibus quibus fratris peculium nullum. Nam si in proxime posita repetitionem in solidum denegas, quod consequens lectioni neganti, si voculam *non* inferas: evidens fiet iniuria fratri debitori, & iniquum lucrum, sive ex culpa sive ex infortunio huius fratri creditori accresceret. Qui enim si res omnis integra esset, nec ulla mutuatio naturalis processisset, ac proinde 100. illa vel in rationibus paternis vel in peculio creditoris (nam & illud communicare fratri teneretur *L. 13. C. Fam. erc.*) mansissent, ultra 550. iure hereditario non habuisset, 500. ex bonis non peculiaribus, 50. ex suo peculio; eidem per hanc occasionem 600. tribuerentur, magno cum fratris detrimento. Quod æquitas illa, quæ tum retentioni, si repetenti resistit, tum condictioni indebiti, si adsistit, caussam dat, non patitur. Superest ut expediam quibus modis suam sententiam Africanus comprobet. Utitur 2. argumentis confirmandæ posteriori parti. Nam priorem partem non probat, adeo extra dubium existimans id de quo maxime nunc (ab Hotomanno cum primis) contenditur. Prioris argumenti vis hæc: Si Seio pater testamento prælegasset peculium, Caius deduceret id quod sibi debetur, intellige pro parte hereditaria. Pro parte enim fratris indistincta sublata obligatio per ante dicta. Finge. In hereditate reliqua 1000. Prælegatum peculium Seio fratri debitori cui naturaliter insunt 200. Ex his debentur Caio 100. Caius pro sua parte deducit 50. Quia si nihil creditum fuisset ac illa 200 vel in rationibus paternis vel in peculio Caii mansissent, tum ex illis 200. non obstante prælegato dimidiam consequeretur. Non autem amplius inde feret, quia etsi ponamus ex peculio suo credidisse, tamen & id, si sibi non æque prælegatum, inferret hereditati, ex eoque dimidia debitori obvenisset. Quare & obligatio peculiaris activa, in 100. fratri communicatur, communicata pro ea parte confusione perimitur. Ne igitur hoc interpretemur cum quibusdam, quasi hoc casu integri debiti fiat deductio. Inde enim duo absurda. (1) Prælegatum hoc ipso casu, etsi plus in peculio quam in debito, esset legatario inutile, nec quicquam is plus consequeretur quam habiturus si id percipere non iussus. Posui enim reliqua bona, communicato etiam, si quod fuit, peculio creditoris ex æquo divisa. Si iam ex 200. quæ naturaliter insunt peculio Seii Caius 100 integra deducit: evenit certe ut in universum neuter plus altero consequatur, defuncti supremo iudicio irritato. Maius absurdum si peculium debito æquale vel non multo maius. Pone 150. in peculio, 100. ex eo fratri debita. Hic si ex prælegato peculio deductionem omnium 100. tribuas Caio; prælegatum non modo non utile, sed & damnosum erit Seio. Nam 50. plus habebit Caius, quam frater. Cui tamen etsi nihil legatum ex bonis paternis omnibus, illatis videlicet & contributis utriusque fratris peculiis tantundem obvenire debuisse ex superioribus æquitatis, æqualitatisque ratione plusquam evidens est. (2) absurdum. Hoc modo IC. suo argumento partem quidem posteriorem suæ sententiæ firmaret, priorem vero plane convelleret. Si enim hac ratione integrum quod credidit consequitur frater, quidni & ex soluti retentione, cuius si non maior, certe par habenda ratio. Fiet igitur deductio pro parte hereditaria creditoris. Nec resistunt verba *huius debiti* indistincte concepta. Fateor enim deduci integrum debitum, sed quod nunc est, tempore quo deducitur, non quod antea aliquando fuit & ex parte peremptum, per antea dicta. Applicatio vero argumenti huiusmodi. Si eo casu quo Seius præcipit peculium, Caius deducit quod sibi adhuc debetur, utique & si ad Caium pervenerit peculium, quacunque ratione,

sentiat, quod ille, si non laude, certe summa excusatione dignum putem, cui in sententia usque adeo probabili contigerit subsistere. Indigne autem facere eos, [a] qui rem aut fuste aut flagris dignam exagitent. Nos potius qualis sit hæc sententia cognoscamus, & quia istis rationibus utitur, quid de re tota iudicandum sit, paulo diligentius consideremus. Ille in persona filiifamilias creditoris obligationem naturalem consistere, nec patri acquiri ait: nos non consistere, & patri acquiri dicimus. Utrum sit verius, quæritur.

Nos acquiri, his rebus liquido probari existimamus. Primum regula iuris generaliter concepta est, quidquid acquirit filius, eius emolumentum patri acquiri. *L. 1. D. si a par. quis fuer. manum.* Acquirit ergo & naturalem obligationem: si hanc esse aliquid, si aliquod eius commodum intelligimus, nisi forte ad hanc regulam pertinere ea dumtaxat arbitramur, quæ civiliter, non naturaliter acquiruntur: in qua ille sententia est. Quid ergo, dominium, quid possessionem, utrum civiliter, an naturaliter acquiri putamus? Nihil horum non naturaliter acquiri dicitur. *L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* Et tamen plusquam certum est, utrumque per filiumfamilias patri acquiri, & quidem ita, ut nihil magis. *L. acquiruntur, 10. §. 1. & 2. de acq. rer. dom.* Quid obligationes, nonne maxima ex parte ex iure gentium proficiscuntur? *L. hoc iure, D. de iust. & iur.* Quæ tamen ex his est, quæ per filium patri non acquiratur? *d. L. acquiruntur, §. 1. Inst. per quas pers. nob. acq.* Quid est autem iuris gentium obligatio, nisi naturalis. *L. cum amplius, §. is natura, D. de reg. iur.* Quid? cum hereditas per filium acquiritur, in qua fuit aliquid, quod naturaliter defuncto debebatur, nihilne amplius quam hereditariæ obligationes civiles patri acquiruntur? Atqui hereditas tota patri acquiri dicitur, nec quidquam vel momento subsistere in persona eius, per quem acquiritur. *L. placet, 79. D. de acquir. her.* Quidni vero per filium patri acquirantur obligationes naturales, cum ab herede in fideicommissarium transferantur? *L. quamvis, 49. D. ad Treb.*

Quod si dederimus obligationem naturalem patri per filium non acquiri, iam hoc consequens erit, si quid filiusfamilias cum aliquo contraxerit, si cui mutuam pecuniam dederit, civilem obligationem patri acquiri, naturalem apud filium manere: ita debitorem duobus teneri, patri civiliter, filio naturaliter. Quo concesso etiam hoc recipiendum erit, si debitor filio solverit, condicere eum non posse, quia natura ei debuerit, & quia condicere non possit, eum liberari. *L. si non sortem, 26. L. si decem, D. de cond ind.* Quod postremum si falsum est, estque illud iuris explorati filium nec paciscendo, nec debitum accipiendo quidquam detrahere patris obligationi. *L. filius, C. de pact.* Etiam illud falsum esse necesse, unde sequitur. Sequebatur, autem ex eo, quod in patrem naturalem obligationem non transire ponebamus.

Nihil ratio egerit, nisi hoc quod volumus pene diserte ab Ulpiano expressum est in *L. sed si damnum, 8. §. peculium, D. de pecul.* Scribit enim hoc modo; *huic definitioni Servius adiecit, & si quid iis debeatur, qui sunt in eius potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.* Ergo quod servo debetur, id domino debetur. At servo civiliter deberi nihil potest: si quid debetur, debetur naturaliter. *L. nec servus, 41. D. de pecul. L. servi, 14. D. de oblig. & act. L. quod attinet, D. de reg. iur.* Ita hic sensus est, quod servo naturaliter debetur, id domino deberi. At domino deberi, nisi domino obligatio quæsita sit, non potest. Quod si in servo verum est, nemo dubi-

tione, sibi ex eo quod pervenit, & quatenus pervenit solvere cogitur. 2. argumenti hæc vis: Si extraneo vivo patre, debuisset frater civiliter, intellige ex alia, quam mutui caussa ob SC. Macedonianum, isque creditor mortuo patre debitum exegerit posteaquam iam hereditas divisa, cui etiam peculium debitoris illatum & commissum, filius tantum repeteret a coheredibus quantum ab iisdem creditori actione de peculio petere licuisset: solidum si peculium debito maius vel æquale fuerit; Sin minus in peculiaribus bonis fuit, quam in debito, tum non in solidum pro quota hereditaria, sed pro viribus peculii in quantum quisque a creditore conveniri potuerant. Finge. Filiusfamilias debuit extraneo 100. In peculiaribus bonis tantum 60. Tres ipsi ex æquo coheredes. Peculio ut naturaliter repertum hereditati illato ex divisione cuivis obtigere 15. Creditor filiumfamilias, olim, nunc convenit actione principali ex negocio, quo obligatum tenet, eaque solidum consequitur. Hic filius debitor repetit a coheredibus non 75. pro parte cuiusque hereditaria, sed 45. pro viribus peculii, quantum videlicet iidem præstitissent creditori si adversus se actionem de peculio, quæ ad illius usque vires dator, intentasset. Pergit IC. in vers. *igitur*. Si nihil adhuc creditor exegerit, metuat autem debitor illam exactionem, cautione sibi prospicere potest, dum peculium hereditati infert, ut indemnis a coheredibus servetur, sed ad quantitatem peculii non in solidum vel ad quantitatem debiti. Inde concludit in vers. *porro*. Quem Caius frater, qui in proposito creditor servaret indemnem contra extraneum, si de peculio illius participaverit, ne onus debiti solvendi soli fratri incumbat, utique & præstabit indemnem adversus se ipsum, non tamen in solidum, sed pro quantitate peculii quæ ad eum pervenit.

a) Cuiac. 9. *ad Afric.* male tractatæ iuris disciplinæ Hotmannum arguens, & præconis superdicto monendum μὴ κακάρχει τὸν νομικόν. Cui Hotomannus iusto dolore lacessitus reponit. Si tibi scutica, & nobis flagrum domi. Alioque superdicto opus scribit, ἄλλων ἰατρὸς αὐτὸς ἕλκεσι βρύων,

tabit eodem modo per filiumfamilias patri acquiri; primum quod non alia ratione domino per servum, quam patri per filium, qui in patris potestate est, acquiritur. §. 1. *inst. per quas pers. nob. acq. Inst. quod cum eo*, in pr. Deinde quia non de persona huius aut illius quæritur, sed de naturali obligatione; quæ si non necessario in persona servi hæret, nec necesse est eam in filii persona hærere: cum natura omnes homines æquales sint, neque minus natura servo deberi possit, quam filiofamilias. *d. L. quod attinet, de reg. iur. L. si quod dominus*, 64. *D. de cond. ind.*

Sed adduci possunt homines maxime, ut contra sentiant, ex eo, quod in hoc ipso Capite, in §. *contra*, Africanus cum proposuisset patrem a filio, quem in potestate habebat, mutuam pecuniam accepisse, respondit patrem ex ea caussa filio naturaliter obligari, & si emancipato solverit, repetere eum non posse. Quo responso perspicue significat obligationem naturalem, quæ filio quæsita erat, non esse patri quæsitam. Cui si quæsita esset, ipse pater sibi deberet, non filio. Nemo autem sibi debere potest, ut non confusione obligatio tollatur. *L. Granius*, 71. *D. de fideiuss.* Ex quo etiam illud eveniret, ut solutam per errorem filio pecuniam posset condicere. Et quod hoc loco Africanus in persona filii & patris debitoris respondet, idem de servo creditore qui cum domino contraxit, a Tryphonino respondetur in *d. L. si quod dominus*, 64. *de condict. indeb.* Neque horum utrumque alios interpretes fugit. Fatentur tamen omnes in hac specie obligationem naturalem neque patri per filium, neque domino per servum acquiri. Et quæ ratio reddi potest, cur hic illis illa non acquiratur? Pro qua sententia hæc ab illo, quem dixi, differuntur. Pluribus illa quidem, ut ab homine diserto & locuplete, ad hanc tamen fere summam, ut dicat, si pater filio obligari potest, ut infra hoc responso dicitur; multo magis fratrem fratri posse, cum frater non sit in fratris potestate? Nam quod regula iuris facit quidquid habet filius, acquiri patri; negat eam in obligatione naturali sequi nos debere. Ut enim obligatio naturalis, inquit, natura constat: ita in ea personarum condictionem naturaliter spectare debemus. Porro natura & servus debere, & servo deberi potest. *d. L. si quod dominus*, 64. *de cond. ind.*

Quæ nobis diluenda sunt. Ac primum quod hic obiicitur, patrem filiofamilias, dominum servo naturaliter obligari, si quid illi cum his gesserint, quo cum aliis gesto civiliter obligarentur, in eoque obligationem naturalem neque patri neque domino acquiri, tale est, ut nemo sit, qui non verum esse fateatur, & illis locis quos supra adduxi, non certo probari putet. Eamque in hac re difficultatem esse ab aliis omnibus intellectum est. Sed quod dicimus obligationem naturalem patri acquiri, sic intelligendum est, si alius filio debeat, quam pater. Sic enim fieri potest, ut patri acquiratur obligatio, & ipsa in persona patris consistat non minus, quam si filio deberetur. Quod si pater filio cœperit debere, obligatio patri non acquiretur: scilicet quia nec potest, ut consistat obligatio. Nam si patri quæritur, ipse sibi debebit. Nemo autem natura debitor & creditor esse potest: unde necesse est si res in eam caussam venerit, obligationem confusione caussarum tolli. *d. L. Granius*, 71. *D. de fideiuss.* At hoc contra mentem & sententiam contrahentium est, ex ea caussa, quæ inter patrem & filium intercedit, & ex qua pater obligari velit, hunc filio non debere, cum ut deberet, inter ipsos ageretur

Manebit igitur obligatio hoc casu vel ipsorum iudicio & voluntate; ut cum obligari civiliter pater non possit, saltem consistat obligatio natura, secundum quam omnes homines, ut dixi, sunt æquales. *L. quod attinet, D. de regul. iur.* Nec quisquam contrarium putet, quod in *L. si quis pro eo*, 56. §. 1. *D. fideiuss.* scriptum ita est; *si filius a patre vel servus a domino stipuletur, nec fideiussorem acceptum teneri.* Cur enim hic fideiussor non teneatur, non ea caussa est, quod pater hoc casu non obligetur naturaliter, sed illa, quod si tenetur fideiussor, futurum sit, ut hæc obligatio acquiratur patri, ut sic fideiussor pro patre sit obligatus ipsi patri. Non potest autem quisquam pro eodem & eidem esse obligatus, ut additur in *d. L. si quis pro eo.* Ergo ex his regulam iuris de rebus patri per filium acquirendis sic interpretabimur, ut quod filius acquirit, id patri acquirat; si potest: si minus; vel quod obligatio isto modo nulla futura sit; vel quod id ipsum a patre actum sit, ne acquireretur; vel potius quia utrumque interveniat: perspicuum est, rem ad regulam iuris non pertinere.

Iam illis rationibus moveri non debemus. Filio pater naturaliter obligari potest: ergo & frater fratri multo magis. Ex superioribus intellectum est non recte hæc comparari. Ideo enim cum pater filio debebit,

bebit, patri obligatio non acquiretur, quia filio necesse est deberi, nisi velimus tolli obligationem, quod aperte repugnat patris voluntati. At frater fratri si obligari cœperit, potest utrumque concurrere, ut & per filium creditorem obligatio naturalis acquiratur patri secundum regulas iuris, & nihilominus consistat obligatio, ut fuit propositum contrahentium: utpote quæ patri quæsita semper eadem futura sit. Atenim addunt: in obligatione naturali regulam iuris civilis de rebus patri per filium acquirendis sequi non debemus. Atqui regula de omnibus rebus acquirendis concepta est, & obligatio omnis res est. *Inst. de reb. corp. & inc.* Denique quæ naturales acquisitiones sunt, satis supra ostendimus in hanc acquisitionem venire. Immo, inquiunt, obligationem naturalem non venire certo argumento est, quod cum filius patri, aut pater filio propter ius potestatis civiliter obligari non possit, uterque alteri naturaliter tamen potest obligari, ut est in hoc eodem responso in §. *quæsitum*. Nam quomodo obligari posset, si obligatio patri acquireretur, quæ quæsita nulla futura esset, utpote confusione sublata? Et iam respondi recte hoc dici, cum res inter patrem & filium geritur, quia aliter dici non possit, repugnante voluntate contrahentium. Cum autem alius filio debiturus est, quam pater, huius quoque debiti emolumentum ad regulam iuris pertinere, ut hoc etiam patri per filium acquiratur; quia regula nihil excipiat, & quæsita obligatio nihilominus eadem futura sit quæ prius. Constet igitur hoc iam, quod Africanus dicit, si frater a fratre, qui in eiusdem patris potestate est, pecuniam mutuam acceperit, sive quid cum eo gesserit, unde adversus eum obligatio nascitur, eum fratri nihil eo nomine debiturum ne naturaliter quidem. Caussam in eo esse, quod si qua obligatio fratri creditori quæsita sit, eadem quæsita sit patri, etiam naturalis. Hinc evenire, ut si ei mortuo patre per errorem solutum sit, recte repetat is qui indebitum solvit, sed indebitum pro ea parte, pro qua heres exstitit.

Quid pro ea parte, ex qua frater cui solvitur heres exstitit? Pro ea parte ita repetet qui solvit, inquit Africanus, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset. His verbis vi ipsa duas sententias complexus est Africanus: sed in posteriore tantum confirmanda immoratur. Priorem hanc aperte innuit per contrarium; si de peculio fratris debitoris nihil ad fratrem creditorem pervenit; quod frater debitor mortuo patre solvit, repetiturum esse pro ea parte, qua frater alter heres exstitit. Cuius sententiæ probationem prætermisit Africanus; quia ex iure certo intelligeretur, si quid is, qui pecuniam accepit, patri debuisset, futurum esse, ut mortuo patre heredibus item patris deberet pro qua parte heredes exstitissent. Nam si hereditas recte definitur successio in universum ius, quod defunctus habuit: *L. hereditas, D. de reg. iur. L. nihil aliud, D. de verbor. significat.* Necesse est intelligi, heredes esse universi huius iuris successores. Et sunt omnino. *L. heres in omne. D. de acq. her. L. cum heredes, D. de acq. her.* Quare si in bonis & iure patris obligatio fuit naturalis, qua ei quid deberetur: etiam pro qua quisque parte ei heres exstiterit, necesse est eatenus ad eum eam obligationem transferri.

Altera sententia est, quæ verbis superioribus exprimitur: si de peculio fratris debitoris tantum pervenerit ad fratrem creditorem, quantum pro portione hereditaria illi naturaliter deberi cœpit; quod frater debitor solverit, hactenus illum esse repetiturum. Ratio ab Africano adiecta est, non quod frater debitor fratri nihil posset debere mortuo patre: sed quia, inquit, naturalis obligatio, quæ constitisset in persona patris, hoc ipso sublata videatur, quod peculii partem frater creditor sit consecutus. Peculium filii est, quidquid ille habet a patris rationibus separatum vel iure, ut peculium castrense & quasi castrense; item quod adventicium dicitur, id est quod aliunde quam a patre obvenit: vel permissu patris, quale est, quod a patre filio datum est, ut filius pro suo haberet. Peculium denique patrimonium est filiifamilias, hocque nomine quidquid ille habet, appellatur *L. ult. C. de inoffic. testam. §. actiones autem, Inst. de act.* Id ad fratrem morte patris pervenit, si & patris etiam fuit. Ac fuit olim quidem, quodcumque nec castrense nec quasi castrense esset: nunc autem ex constitutionibus solum quod a patre profectum est, §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Castrense & quasi castrense etiam ante constitutiones recentiorum Imperatorum proprium habitum est filiorumfamilias. *L. 1. §. nec castrense, D. de collat.* Ita mortuo patre, ut cæteræ res omnes paternæ, sic peculium profectitium inter fratres eosdemque heredes communicatur. *L. certum, C. famil. ercisc.* Ergo hoc dicit Africanus, si frater debitor huius generis peculium habuit, quan-

quantum de eo ad fratrem creditorem pervenerit morte patris, eatenus fublatam esse obligationem naturalem, qua frater debitor tenebatur. Hinc fieri, ut pro ea parte folvens, quia non debitum folvit, habiturus fit foluti repetitionem. Sed prius hoc statui oportebat, quantum de peculio fratris debitoris ad fratrem pervenisset, in tantum fublatam esse naturalem obligationem, qua fratri creditori tenebatur. De quo quia ambigi poterat, ideo Africanus in eo probando immoratur. Probat autem argumentis uno, atque altero, quorum fumma huc redit, ut declaretur, quæcumque obligatio est, qua tenetur filiusfamilias, eam cohærere peculio eius, ut ad quem pervenerit id peculium, etiam obligatio eum fequatur. Quod quomodo argumentis fubiectis efficiatur, paulo post ostendam. Ante doceamus, eo, quod dixi, concesso, recte colligi id quod de fublata naturali obligatione in hac parte pofuit Africanus. Sumamus igitur pro confesso, obligationem qua tenetur filiusfamilias, onus esse peculii eius, ut ad quemcumque id peculium venerit, ad eum etiam obligationis onus pertineat. Nempe hoc fequitur in propofito, fratrem creditorem, qui peculii fraterni partem confecutus erit, fimul etiam fraternæ obligationis onus ad eandem fummam esse fufcepturum. Quod si ita est, eveniet eodem tempore, ut fratri creditori ex fua perfona debeatur, & ipse ex perfona fratris debere incipiat, ut simul & creditor sit eiusdem rei nomine & debitor. Quod quia fieri non potest, iure fit, ut cum in eum locum res redierit, obligatio quæ prius fuerat, confusione tollatur, *d. L. Granius*, 71. *D. de fideiussor.* Priore ergo illa fententia posita, quam dixi, dubitari non potest, quin recte colligat Africanus, naturalem obligationem quæ fuisset, hoc ipso fublatam videri, quod peculii debitoris partem frater sit confecutus. Ideo & hanc collectionem Africanus omisit, fat habens id ponere, unde nullo negotio ea intelligebatur. Ac ne id quidem, unde ea intelligebatur, aperte potuit; fed fubiectis argumentis intelligendum reliquit. Nunc ergo quibus argumentis id probet, videamus.

Sunt autem in illis verbis; *adeo ut fi prælegatum filio, eidemque debitori id fuisset*, & quæ fequuntur. Ac primum est huiufmodi. Adeo verum est naturalem obligationem in propofito eatenus fublatam, quatenus peculium fratris ad fratrem creditorem pervenisset, ut etiam verum sit, quod fequitur. Finge enim peculium fratris debitoris totum eidem prælegatum esse, id est ita legatum, ut præ cæteris heredibus id folus caperet. Si id ex prælegato confequi volet, ante omnia deductio huius debiti a fratre creditore ex eo peculio fiet. Id est, non aliter frater creditor cogetur partem huius peculii restituere, quam si illi pro debito naturali fatisfactum sit; quod ipfum videlicet de peculio, quod restituit, deducet. Quodnam vero hoc argumentum est, dicet aliquis, ut probetur debitum cohæsisse peculio, atque ita naturalem obligationem, quæ fuisset, perceptione peculii fublatam videri? Ductum est ex comparatione maiorum hoc modo: Nam si frater debitor, qui peculium non dum habet, habere tamen vult a fratre, antequam id confequatur, cogitur de eo quod fratri naturaliter debet, ei fatisfacere, quatenus eius peculium accipit: quanto magis frater creditor, qui debitoris fratris peculium pro parte, iure fuccessionis obtinet, debitum naturale fratris debitoris quod peculio eius cohæret, agnofcere cogetur, ut sic ex eo peculio sibi fatisfaciat? Facilius enim sibi fatisfacere potest ex eo, quod habet, quam ex eo quod nondum habet, deductionem fummæ sibi naturaliter debitæ adverfus invitum fratrem instituere. Nam si rei legatæ dominium recta transit in legatarium, ut transit. *L. a Titio*, 64. *D. de furt.* Transibit etiam peculii prælegati dominium in fratrem debitorem, ut fimul fratris creditoris esse desierit. Neque tamen eo minus de parte peculii quæ ad eum iure hereditario redire poterat, deducere potest, quod naturaliter sibi debetur: quia etsi iure nulla ex parte iam peculii dominus est: possessio tamen est eius, eamque legatarius ab herede nancifci debet. Quam si fua auctoritate occupet, reddere cogitur interdicto Quod legatorum. *L.* 1. *D. quod legat.*

Sequitur alterum argumentum in illis verbis, idque maxime confequens esse. Argumentum ductum est ex fententia quadam Iuliani, quam Africanus pro confessa, certe pro recepta fumit. Quæ quam vera fit, & quam ad rem propositam faciat fic facilius poterit intelligi, fi præmiserimus, quod fubiicio. Id autem tale est. Si quis cum filiofamilias contraxerit, ex eodem contractu duos obligatos habet; filium in folidum, ut quemvis patremfamilias, & patrem dumtaxat de peculio. *L. fi quis cum*, 44. *D. de pec.* Quod fi filius vivo patre ita tenetur, multo

multo magis tenebitur patre mortuo, cum morte patris sui iuris esse incipiat. Et si pater de peculio tenetur, dum vivit: eo mortuo tenebuntur heredes patris. Nam hi in ius & locum defuncti succedunt *L. si quis servum*, 29. *L. quæsitum*, seq. §. 1. *eod.* His positis, efficitur illa Iuliani sententia, de qua loquimur, quæ est huiusmodi: si filiusfamilias vivo patre extraneo debuerit, deinde mortuo patre creditori solvat, posse eum, quod solvit, repetere a coheredibus iudicio familiæ erciscundæ quod ipsum legitur & in *L. his consequenter*, 18. §. *si filiusfamilias*, *D. fam. erc.* Efficitur autem ex superioribus hoc modo. Nam filius extraneo illi creditori dum solvit, negotium gerit, & gerit non voluntate sua, sed necessitate obligationis coactus. Quæ res duæ familiæ erciscundæ pariunt actionem. *L. heredes*, 25. §. *si unus*, & §. *non tantum*, *D. fam. erc.* Negotium coheredum gerit, quia eos liberat. Liberat autem, quia de peculio tenebantur. Necessitate obligationis coactus totum solvit, quia etiamsi omnes heredes de peculio obligantur pro portione hereditaria: ipse tamen filius in solidum tenetur, quia tenetur ex suo contractu. Recte igitur Iulianus in hac specie filio solventi, quod ipse contraxerat, familiæ erciscundæ iudicium adversus coheredes dedit. Ex hac sententia sic Africanus ratiocinatur, si filius debitor solutum creditori extraneo, quod ipse vivo patre debebat, repetit a coheredibus iudicio familiæ erciscundæ, quatenus de peculio ipsius filii ad eos pervenit: æquum est re adhuc integra, idest pecunia nondum ab eo soluta, iudicio familiæ erciscundæ id eum consequi, ut ad quantitatem eius peculii indemnis a coheredibus præstetur, idest ut coheredes caveant se illum indemnem præstaturos. In quo generale hoc pronuntiatum notandum est. Cuius rei solutæ iudicio familiæ erciscundæ repetitio est a coheredibus, ea re non soluta cautio de indemnitate a coheredibus exigi potest, idest talis, ut caveant se indemnem præstaturos eum, qui eo nomine a creditoribus conveniri potest. Quæ sententia & aliis quoque locis plerisque significatur: ut *L. si filia*, 22. §. *Papinianus*, *d. L. heredes*, 25. §. *contra*, & seq. *D. fam. erc.* Iam ex hoc postremo efficit, quod quærebatur. Nam si filius adversus creditorem extraneum indemnis a coheredibus præstandus est, multo magis si quid ipse coheredibus debebit, hunc adversus se coheredes indemnem præstare debebunt. Recte, multo magis. Facilius enim coheredes ipsi, quorum ea res est, sibi imperabunt, ne filio de eo controversiam moveant, quam illud assequi, ne extranei a filio petant. Præterea facilius sibi solvent, quam extraneis. Nam ut aliis solvas, de loculis sumere oportet: ut tibi solvas, nihil est necesse. Si quod difficilius est, adversus filium coheredes præstare debent, multo magis quod ex eodem genere erit facilius id præstabunt. Et hæc omnia non alia ex re, quam quod debitum naturale, cuius obligatione tenetur filiusfamilias, peculii eius onus est, ut ad quemcumque peculium id perveniat, pro qua parte pervenit, eatenus etiam eius obligationis pars hunc sequatur. Quod si verum est, iam illud, ut dixi, recte respondetur in proposito, pro qua parte frater creditor in id peculium successit, eatenus eum & creditorem & debitorem eiusdem debiti fraterni esse cœpisse: proinde & naturalem obligationem, quæ fuisset, sublatam videri confusione. Quam summam esse dixi sententiæ & disputationis Africani, & quam eandem initio sum complexus.

§. *quæsitum*, *eiusdem L. frater*.

Ex superiore disputatione duo intellecta sunt; unum, inter patrem & filium nullam nisi naturalem obligationem intercedere, hanc tamen. Alterum, ex hac obligatione solutum repeti non posse, sive patri solutum sit, sive ei qui patri successerit. Eadem prorsus sententia, quanvis in diversa specie, ostenditur. Differt autem species a priore in eo, quod in illa res inter duos fratres contracta erat, in hac res geritur inter patrem & filium. Sed vis eadem utriusque. Nam & illic obligatio per fratrem creditorem patri quæritur, ut iam patri deberi incipiat, non fratri, sicut in superiore specie fieri diximus. Sententia huius loci hæc. Sive pater mutuam dedit filio suo quem in potestate habet, sive filius patri cuius in potestate est, & filius patri obligatur & pater filio, naturaliter dumtaxat, non enim obligatur civiliter, ut supra diximus. §. *hi qui*, *Inst. de obl. quæ ex delic* ita fit, ut filio postea emancipato sive is patri solvat, sive ei a patre solvatur, cesset repetitio, si quidem mansit obligatio naturalis. Hanc vero & post emancipationem mansisse probat hoc loco Africanus. Filium postea emancipatum fingit, quia sive filius qui in potestate est, patri solvat, nullam habet repetitionem, etiam si maxime alii repetitionem esse fingeremus. *L. filiusfamilias*, 9. *D. de obl. & act.* sive filio solverit

verit pater, ipse pro potestate & imperio quidvis a filio posset auferre; quinimo id a patre profectum iure & ad eum rediret.

De filio autem debitore, idest cui pater mutuum dedit, quique emancipatus solvit, prius Africanus loquitur. Ait hunc non repetiturum, nisi hac lege, quam supra ostendit, si tantum apud patrem de peculio remanserit. Quod dictum de peculio quam verum sit, satis supra demonstratum est. An cesset repetitio, quanvis nihil de peculio manserit apud patrem, quæstio in eo est, non an filius patri obligatus fuerit naturaliter, quod constat; sed an post emancipationem quoque ea obligatio manserit, quod, ut dixi, probare conatur Africanus. Sic autem probat, quod extraneo agente de peculio, intra annum deduceret pater, quod sibi filius debuisset. Hoc a veteribus traditum & inter omnes receptum pro confesso sumit Africanus. Et rectissime dictum est. Nam si post emancipationem quoque filiisfamilias in patrem de peculio actio datur, uti edicto prætoris datur intra annum, *L. 1. D. quando act. de pec. ann. sit*, par est, ut quæ lex & caussa peculii foret, si vere esset peculium, idest si adhuc filius esset in potestate, (Nam re vera solius filiisfamilias peculium esse intelligitur, quo etiam sui iuris facto peculii nomen amittitur. *L. ult.* cir. fin. *C. de inoff. test. L. 1. §. 1. D. quand. act. de pec.*) par est, inquam, ut quæ peculii ante conditio foret, eadem nunc quoque sit, cum de peculio, quod olim fuit, agitur. Peculium autem hic profecticium intelligendum est, id scilicet, quod patri solidum acquiratur. Sicque definitur, quod filius permissu patris habet, deducto inde si quid patri debeatur. Nam & hæc in peculio servi definitio est. *L. 5.* in fin. *L. sed si damnum, 9. §. peculium, D. de pec.* Quare & hac quoque deductione patri servata adversus eum de peculio agetur. Debet autem filius qui in potestate est, patri naturaliter, si quid debet. Ex quo colligit Africanus etiam post emancipationem obligationem naturalem manere. Hac ratione, ut existimo, quod, nisi maneret, nulla fieret eius obligationis nomine deductio.

Idem in contrarium valet, ut subiicit in vers. *contra*, filius patri mutuam pecuniam dedit. Pater emancipato si solvat ob eandem caussam non repetet: quia scilicet obligatio naturalis manserit. Eodem, inquit, argumento, quod si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. Non potest post emancipationem æstimari, quod pater filio debere olim cœperit, nisi & obligatio manserit. Æstimatur autem adversus patrem, cum adversus eum de peculio intra annum agitur. Quod creditoribus ad hoc proficit, ut quantum pater debuerit, tantum in peculio esse intelligatur, & eatenus pater condemnetur; ideo autem id in peculio computatur, quia ut patris cuiusque familias patrimonium est, sic est peculium; quod nihil aliud est, nisi patrimonium filiifamilias §. *actiones autem, Inst. de act.* Porro in patrimonio & bonis cuiusque non tantum res numerantur, quæ sunt dominii & iuris nostri, sed etiam quod est in actionibus & persecutionibus: in summa quod nobis debetur. *L. bonorum, D. de verb. signif.* Isto modo & in peculio filii esse intelligitur non solum quod filius habet cæterarum rerum, sed etiam quod ei debetur & civiliter & naturaliter. *L. quam Tuberonis, 7. §. in peculio D. de pecul.*

CAP.

C A P. XX.

De repetitione ob caussam futuram datorum, & eam non inhonestam: Quæ huius repetitionis caussa: Quas hæc partes habeat: in his quid sit datum: Quid datum ob caussam: Et quam varie hæc datio exprimatur verbis a iuris auctoribus: Tum de inscriptione tituli Dig. De condictione caussa data, quam recte ita concepta sit in omnibus exemplaribus; neque ita restitui debeat, ut sit De condictione caussa dati.

Quid simile habeat cum indebiti repetitione, datorum ob futuram caussam repetitio. Cur hæc non possit brevi definitione comprehendi. I.
Summa datorum ob futuram caussam divisio qualis; & quæ sint utriusque generis. II.
Dati ob caussam repetitio pendet a caussa secuta aut non secuta, eaque honesta. III.
Caussa secuta dati repetitionem excludit: non ita contra voluntatem dantis secuta, rebus integris. IV.
Caussa non secuta repetitionem tribuit, si quatuor concurrant, & quæ. V.
1. *Ut quid datum sit* naturaliter, *aut* civiliter. *Posterius hoc quale.* VI.
2. *Ut datum ob caussam futuram. Quæ ista, plura illius exempla.* VII.
Caussa illa aut verbis exprimi debet, aut in dati *verbo potestate iuris intelligi. Posterius hoc in* dotis *verbo diserte explicatur.* VIII.
Neutro modo declarata, etiamsi adsit repetitionem non habet. IX.
Quot appellationibus veteres dati caussam *nuncuparint.* X.
Recta tituli inscriptio: de condictione caussa data, caussa non secuta. *Illius emendatio vitiosa.* XI.
3. *Ut datum sit ob caussam honestam. De hoc alibi.* XII.

I. Atque hæc de obligatione & repetitione datorum ob caussam præteritam tum voluntariam, tum necessariam: quo in genere posteriore est solutio indebiti, unde & indebiti condictio, de qua proxime diximus. Est & sua dati repetitio in his quæ ob caussam futuram dantur non dissimili genere obligationis, ubi scilicet obligatio contrahitur (si modo contrahitur; de quo postea) contrahitur, inquam, ad reddendum id, quod datum est, similiter ut in indebito soluto ob eam tantum caussam, quod hic pariter caussa non fuisit. Quod fit in hoc genere cum caussa ob quam datum est, non est secuta. In quo si semper constaret quid ob caussam datum sit, & eo comperto esset ex omnibus futuris caussis una & eadem repetitio; posset res brevi definitione esse contenta, ut diceremus, cum quid ob caussam futuram datum est, si quidem caussa secuta sit, cessare dati repetitionem: si non sit secuta, ius esse repetendi. Sed neque prius in facto certum est, neque posterior iuris distinctio est perpetua. Quam ob caussam res eget pluribus verbis.

II. Ac de re tota ex hac partitione statuendum est. Non est incertum dari ob caussam futuram aliquid dici cum quid datur ea lege, eave de caussa, ut aliquid sequatur; sed hoc non semper certum, quando res ita detur; quia non semper in dando caussa exprimitur, & nihilominus, quod datur, ob caussam dari intelligitur. Sit igitur hæc datorum ob caussam futuram summa divisio, ut quædam aperte & principaliter dentur ob caussam: quædam principaliter ob aliud, quam ut quid sequatur, tacite tamen & per consequentiam ob caussam dari intelligantur, ut nihilominus in his caussa non secuta sit repetitio. Prioris generis sunt ea, quæ dantur nominatim caussa adiecta, ut aliquid sequatur. Posterioris donationes etiam simplices & inter vivos. De quibus generibus cum non idem servetur in dati repetitione, eiusque caussis, merito hæc genera distinguimus; de quibus & separatim dicemus.

III. Quod aperte ob caussam datur, ut scilicet in speciem donationis simplicis non cadat, eius ita est, aut cessat repetitio, ut est caussa ob quam detur. In ea caussa

caussa dandi duplex: honesta, certe non inhonesta, veluti, ut me alas, ut filium tuum emancipes: aut turpis, veluti ut furtum aut lenocinium facias. Quod ob caussam futuram non inhonestam datum est, de eo ita esse solet repetitio, prout caussa secuta est, aut non secuta; ut secuta deneget, non secuta tribuat repetitionem. itaque & de eo dicam isto ordine.

IV. Caussa ergo secuta, sic ius est, ut dum secuta sit non contra voluntatem dantis rebus integris interpositam, cesset repetitio. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Merito: apparet enim quod datur, ut aliquid fiat, sequatur, dari hac mente, ut fiat accipientis, & maneat, si caussa secuta sit. Omnis porro conventio ut forte actionem non pariat, at certe parit exceptionem. *L. iurisgentium, §. sed cum nulla, D. de pact. L. in bonae, Cod. eod.* proinde exceptionem possidenti ad retinendum id quod petitur adversus conventionem. Adieci dum caussa non sit secuta contra voluntatem dantis. Nam si rebus integris poeniteat dantem, & is denuntiet ei qui accepit, ne caussam impleat, velle se sibi reddi quod dedit: frustra postea impleatur caussa, nec eo minus erit dati repetitio. *L.* 5. §. 1. *D. de cond. caus. dat.* Quibus tamen in caussis licet poenitere, de quo postea. Hoc ideo, quia voluntas dantis, quae faciebat implendae caussae, & retinendi dati potestatem, poenitentia esse desiit.

V. Contra si quid ob eandem istam caussam datum est, placet [1] caussa non secuta competere repetitionem. Estque haec definitio iuris multis locis ita tradita, ut nihil addatur amplius. *L. si militem. L. dictam, C. de cond. ob. caus. L. damus,* 52. *L. in summa,* 65. §. *quod ob rem, D. de cond. ind.* Cuius regulae tot fere sunt exempla, in quibus ius superius confirmetur, quot ordine rescripta sub *Titulo C. de cond. ob caus. dat.* Itaque desiderat haec repetitio quatuor, in quibus est caussa obligationis & repetitionis proposita: ut quid [2] datum sit: ut datum ob caussam, ut aliquid sequatur; ut ob caussam non inhonestam; ut caussa non sit secuta.

VI. Primum ut quid datum sit. Unde repetitio & condictio datorum dicta. *d. L. si militem,* & in inscriptione ipsa *Tituli de cond. ob caus. datorum, C.* Sed & repetitionis & restitutionis verbum satis prius aliquid datum arguit. Hoc quoque ut in superioribus caussis moneri eo pertinet, ut intelligatur idem illud, quae scilicet hic obligatio nascitur, re nasci non sola conventione. Datum accipiemus, non solum quod naturaliter datum est; sed etiam quod civiliter, idest quod non vere datum, iure tamen pro dato habetur. Quod accidit, cum creditor, cui debebantur, puta decem, ea debitori suo [3] accepto tulit, ut is aliquid faceret, puta ea lege, ut expromissorem daret. Hic si debitor non det expromissorem, placet ea decem ei condici posse. *L.* 4. *L. si mulier,* 10. *D. de cond. caus. dat.* Qua actione? non utique vetere, ut quae per acceptilationem sublata sit. §. *item per. Inst. quib. mod. toll. obl.* Qua igitur? condictione videlicet ob caussam dati, caussa non secuta. Quam ob caussam etiam & superior sententia in *Titulum de cond. caus. dat.* relata est. Sed quomodo condictio ob caussam dati, ubi nihil datum proponitur? Nempe idest, quod ante dixi: naturaliter hic datum nihil est: iure decem pro datis habentur. Optima ratione, quod etsi res ordine naturae gereretur, tamen decem ista non magis ad debitorem opera creditoris pervenirent, quam acceptilatione pervenerint. Ordo enim rei gerendae hic futurus erat, ut debitor decem debita solveret creditori, creditor ea accepta traderet eidem debitori, ut rursum apud eum essent, ut ante. Atqui acceptilatione creditoris debitor idem consequitur, merito igitur & hoc eodem loco habendum est, quod Iabolenus scribit in *d. L. si mulier.* Quidni vero habeatur, ut vitetur circuitus superior inanis & supervacuus, atque ita quasi brevi manu, & ut loquitur Ulpianus, celeritate actionum coniungendarum pecunia ad debitorem pervenisse existimetur? Ratio Ulpiani in specie non dissimili in *L.* 3. §. *ult. D. de donat. int. vir. & uxor.*

VII. Secundum est in caussa huius repetitionis, ut quod datum est, datum sit ob caussam futuram. Caussa dandi futura est, dandi finis; cum quid scilicet datur hoc animo, ut aliquid sequatur. *d. L. damus,* 52. *D. de cond. ind.* Et quodcum-

[1]) Duar. *h. t. C.* 2. Duas esse huius actionis caussas. (1) Si quid datum ut fiat, neque id factum. (2) Poenitentia eius qui dedit ut fiat, antequam factum. Et hic si quis expleverit ex parte sua, eo invito alter non potest resilire, sed cogitur, si is urgeat, facere: ipse autem qui implevit recedere potest.

[2]) Dominio translato. Non si tradidit tantum, nec nummos accipientis fecit, ut *in specie L.* 3. §. *iubeilius* 8. *h. t.* Duar. *h. t. C.* 3. *f.* 897.

[3]) Duar. *d. C.* 3. remissio debiti similis est dationi, quia in effectu nihil refert, an tibi 10. dem an liberem obligatione ad 10. vid. *infra C.* 32. *N.* 4.

cumque est, quod sequi placet, ad hanc caussam pertinet, id est ut hac condictione repeti datum possit quasi caussa non secuta, nihil interest, utrum ita detur tibi, ut aliquid facias, veluti Stichum des, Stichum manumittas, caussam meam agas; an ut ego aliquid faciam, ut si dem tibi decem conditionis implendæ caussa, ut ad legatum hac conditione relictum perveniam. *L.* 1. *D. de cond. cau. dat.* Vel ut eadem faciat Lucius Titius; vel ut aliquid obtingat, veluti si dem sponso dotem, ut nuptiæ sequantur. *L.* 1. *C. de cond. ob caus.* Quæ definitio indicatur in *L. senatus*, §. 1. in fin. *D. de mort. caus. donat.*

VIII. Ob caussam huiusmodi datum extra donationem intelligitur, quod ea caussa nominatim adiecta datum est. Nominatim sic accipiemus, non tantum si caussa verbis palam expressa sit; sed etiam si verbo 4 dati potestate iuris includatur. De expressa caussa nemo dubitat. Ut puta nemo dubitat in his dari rem ob caussam, eoque & ad definitionem iuris superiorem pertinere, si dederim fundum nominatim, ut creditoribus meis satisfaceres: dederim fundum, ne alienares; dederim pecuniam, ut procurator meus esses; dederim, ut Stichum manumitteres, quæ sunt exempla. *L.* 2. 3. 5. 6. 9. *C. cond. ob caus.* Sed & tunc pecunia ob caussam data intelligitur, cum sponso dos data est, nec quidquam additum est præterea. Dotis enim verbo potestate iuris intelligitur subesse hæc caussa dandi, si nuptiæ sequantur, vel ut nuptiæ sequantur, pro ea distinctione, quæ est in *L. dotis*, 7. §. *ult. D. de iur. dot.* de quo satis diximus supra in definitione dotis, huius *Libri Cap.* 4. Hinc nuptiis non secutis, repetitio & condictio dotis ita datæ, ut statim res fierent sponsi, quanvis nominatim adiectum non sit dari, ut nuptiæ sequantur, seu futuri matrimonii caussa, aut quidquam additum de reddenda dote in hunc casum. *L.* 1. *C. de cond. ob cau. d. L. dotis*, §. *ult. de iur. dot.* Idque usque adeo verum est, ut si extraneus ante nuptias pro muliere dotem dederit, & pactus sit tantum dotem sibi reddi nominatim soluto matrimonio; tamen placeat etiam non secutis nuptiis eum repetitionem habere, non mulierem. *L. si extraneus*, *D. de cond. cau. dat.* Atqui videbatur illi adversari sua conventio. Nam qui pactus est sibi reddi soluto matrimonio, intelligitur pactus esse reddi matrimonio contracto, deinde soluto. Non enim solvitur nisi prius contractum. Quibus verbis non continetur ille casus, quo nuptiæ non sequentur. Porro in dote maxime hoc ius valet, ut si in dote pro muliere danda pater vel extraneus in unum casum pepigerit dotem sibi reddi, in eum casum, in quem non pepigit, non sit ei actio, sed mulieri. *L. si cum dotem*, 22. in pr. *D. sol. mat.* Sed nihil hic in proposito repetenti dotem extraneo adversatur. Nam is dotem dando, & illud quod diximus, tantum pacifcendo, nihilominus in utrumque casum sibi cavisse intelligitur, & quo contractæ erunt ac postea solutæ nuptiæ, & quo non erunt secutæ. Prius illud cavit aperta conventione: hoc posterius ideo, quia dedit ob caussam, ut nuptiæ sequantur. *Nam quasi caussa non secuta*, inquit Ulpianus, *habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato*. d. L. si extraneus. At enim nulla eiusmodi caussa adiecta est. Immo adiecta hoc ipso, quod extraneus dotem dedit. Quo verbo dixi potestate iuris inesse hanc conditionem, si nuptiæ sequantur.

IX. Sed ut nihil refert, utrum caussa nominatim verbis expressa sit, an potestate iuris verbo dati tacite inclusa, ita alterutrum necesse est, ut intelligatur ob caussam principaliter datum, atque hinc repetitioni locus fiat. Quod si caussa principalis nulla significata erit, cessabit ex ea caussa repetitio, quantumvis qui dedit, caussam aliquam sibi proposuerit, ob quam daret, & quam speraret eo facto secuturam esse, alioqui non daturus. Ut puta, cum egissem tecum, ut aliquo proficisceretis meo nomine, primo gravatus es. Post ut te liberalitate provocarem ad eundum, dissimulans propositum dedi tibi decem simpliciter, nulla nominatim conditione addita, ut proficisceretis quo volebam: sed tamen hoc ipsum apud me agens, ut proficisceretis. Placet quanvis non proficiscare, & nullam habuerim caussam dandi, nisi ut ad id te invitarem; tamen mihi repetitionem dati non esse quasi caussa quam spectavi non secuta. *L. si repetendi*, *C. de cond. ob. caus.* Recte: prius est enim, ut ob caussam quid datum sit, quam ut repetatur tanquam ob caussam datum, caussa non secuta. Hic autem ob caussam datum non est, quod datum est caussa verbis non adiecta.

X. Quod cum tantopere intersit ad hanc repetitionem intelligi, ubi quid datum sit

4) Sive caussa verbis expressa, sive id actum esse ex coniecturis colligatur, ut *d. L.* 6. ait Duar. *h. t. C.* 3. vid. de hac condictione Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 20. *&* *seqq.*

sit ob caussam, postulat hic locus, ut observemus, quibus verbis veteres ad hanc caussam significandam, & quam varie utantur. Non quia verba quidquam mutent in re: sed ut ex verbis, quæ in hac specie legentibus occurrent, liceat rem agnoscere, de qua quærimus. Dicitur igitur in usu iuris, quod illa caussa adiecta datum est, datum ob caussam. Unde repetitio, & condictio ob caussam dati, caussa non secuta. *d. L. si militem*. Et in inscriptione ipsa *C. de cond. ob. cau. dat*. Idem usitatius dixerunt veteres datum ob rem; & genera ex caussis dandi ita distinguunt, ut quædam dicant dari ob caussam, quædam ob rem: caussæ verbo intelligentes caussam præteritam; rei autem appellatione caussam futuram. Ut initio huius argumenti monuimus. *L. damus*, 52. *L. in summa*, 65. *§. quod ob rem*, *D. de cond. ind. L.* 1. *D. cond. ob turp. caus.* Unde huius posterioris generis obligatio & tractatio dicta obligatio ob rem dati, & tractatus ob rem dati. *L. ult. D. de cond. caus. dat. L. naturalis*, in pr. *D. de præscr. verb.* Quæ initio diximus ita distingui, non significatione verborum, quæ sane idem valent: sed commoditatis & doctrinæ caussa, quia scilicet species singulæ suis & discretis nominibus appellatæ facilius agnoscerentur. *arg. in §. alio, Inst. quib. mod. test. inf.* Hanc eandem caussam veteres legem dicunt, & quod ob caussam datur, dari ea lege, ut quid sequatur: & qui hanc caussam adiicit, traditioni legem dicere. *L.* 3. *L. dictam, C. de cond. ob caus. L. legem. C. de pact. L. ea quidem*. Et toto Titulo *C. si manc. ita fuer. alien.* Ratio nominis a me exposita ad *d. L. legem, C. de pact.* Eadem caussa interdum vocatur conditio, ut cum dicitur addita conditio repetendi, pro addita caussa, ob quam repetatur. *L. si repetendi, C. de cond. ob caus.* Et conditio servata, pro caussa impleta. *L.* 3. *C. eod.* Quod non ita dicitur ex initio, sed ab effectu. Nam initio quidem caussa & conditio non modo non sunt eadem, sed etiam contrariam plane vim & significationem habent. Quod sub conditione datur, non prius transfertur, quam conditio extiterit. *L. qui absenti*, 38. *§.* 1. *D. de acq. pos.* Et generaliter hæc vis est conditionis, ut quod sub conditione placuit, non ante cedat, quam conditio extiterit, re in futurum eventum dilata. *L. cedere, D. de verb. signif. § sub conditione, Inst. de verb. obl.* Quod autem datur ob caussam, statim transfertur. Argumento est condictio, quæ eo nomine competit. *L. senatus*, *§.* 1. *de mort. caus. don.* Non est condictio nisi ei qui dominus esse desiit; quoniam rem suam condicere nemo potest, præterquam a fure & malæ fidei possessore. *L. ult. D. usufructuar. quem. cav. §. sic itaque, Inst. de act.* Sed caussa dicitur conditio ab effectu, quia adiecta eo rem deducit, ut nisi secuta sit, datum revocetur, quo subsecuto res perinde haberi incipit, quod datum est, quasi nec datum esset; ut accideret, si eius quod sub conditione datum erat, conditio defecisset. Id enim demum dicitur pervenisse ad nos, quod est mansurum, & idem solum dicimur cepisse. *L. aliud est capere, D. de verb. signif.* Atque his appellationibus usus est in re ob caussam inter vivos data. In testamentis autem usus obtinuit, ut hæc caussa diceretur modus, & quæ relicta sunt ob caussam ut quid fiat, relinqui sub modo. *L. demonstratio*, 17. *§. ult. D. de cond. & dem.* Non dubium quin discretionis caussa, non quod aliud sit dare ob caussam, quam sub modo; aut sub modo aliud, quam ob caussam, ut declarat Titulus *Cod. de donat. quæ sub modo*. Dicitur enim modus, quia quod ob hanc caussam datur, sic datur, ut qui accipit, rem habeat non simpliciter, sed ad certum modum, id est hactenus, ut pro eo hoc aut illud faciat, puta monumentum ædificet, filium emancipet. *d. L. demonstratio, §. ult.* In bis etiam de usu veterum observandum & illud, cum quid datur ob caussam, non tantum dicere veteres caussam adiici, aut legem dici dationi, sed etiam legem dationi dari eodem sensu, ut hæc pro eodem usurpantur in *L. ea quidem, C. si mancip. ita fuer. alien.* Quo exemplo admonemur eadem analogia recte dici caussam dationi dari, pro caussam adiici, cum quid ob caussam datur.

XI. Unde etiam intelligimus rectam esse inscriptionem huius Tituli in *Pandectis*, quæ in omnibus exemplaribus ita concepta est. *De conditione caussa data, caussa non secuta*, ut sit sententia, de condictione caussa adiecta, caussa non secuta. Scio quosdam doctos viros reformidantes novitatem huius locutionis emendandum putasse, & ita legendum, 5) de con-

5) Ut emendant Duar. *ad h. tit. D C.* 1. & Hot. *in Epitom. h. t.* Male autem Rurger. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 5. *C.* 14. *n* 5. *&* 9. conditionem caussa data, & condictionem ob caussam ceu diversas species seiungit.

condictione causa dati pro ob causam, ad exemplum inscriptionis Codicis, quæ est *de condictione ob caussam datorum*. Sed quominus ita mutandum putem, movet me non tantum fides receptæ lectionis, sed etiam vitium manifestum mutatæ scripturæ. Primum omnia exemplaria & vetera & nova, & in primis Florentina consentiunt in hanc lectionem, *De condictione caussa data*. Atqui & hanc per se rectam esse ostendimus. Quod cum ita sit, non necesse est, atque adeo non convenit eam, quæ fuit scriptoris, mutare, etiam si liceret meliorem reponere. Non enim, si quid usitatius est, aut etiam melius, ideo hoc vitiosum, quod non æque usitatum, aut minus bene. Alioqui cum legimus aliquid ob caussam datum, reponere oporteret ob rem datum, quia hoc veteres frequentius & pene semper usi sunt. At dicimus amplius, etiam si hic aliquid mendosum esset, tamen non sic emendari debuisse, ut reponeremus de condictione caussa dati, quod est non dico vitiosius, sed per se ita vitiosum, ut in eum sensum, in quem restituitur, latinus sermo repudiet. Ut enim recte dicimus aliquid datum ob rem, id est ut res aliqua sequatur, & tamen non recte dicimus datum re, pro ob rem; sic recte dicimus aliquid datum ob causam, ut in inscriptione Codicis; at non item recte, datum causa pro ob causam. Et vero res faciat, ut priora recte dicantur, & intelligantur de eo, de quo nunc agitur: posterius autem neutrum dici possit de eadem re nisi vitiose. Nam cum dicimus aliquid datum ob rem, præpositio, ob, ostendit significari hic a nobis finem, propter quem quid detur, ac proinde caussam futuram, id est ut aliquid sequatur. Cum autem dicimus aliquid datum re, ambigue loquimur, aut potius aliud omne dicimus, quam quod huic loco conveniat. Incertum est enim, utrum dicamus aliquid datum ob rem, an vero aliquid datum re, id est re ipsa & vere. Immo vero hoc posterius solum dicere intelligimur ex usu latinorum. Quod quidem ad hanc repetitionem nihil pertinet. Similiter cum dicimus aliquid datum ob caussam, ex eadem præpositione agnoscimus caussam futuram, ut ea sequatur, de quo nunc agimus. At cum dicimus aliquid datum caussa, nec adiicimus qua, nihil dicimus. Non enim tantum potest intelligi datum ob caussam, sed multo magis datum caussa mea, tua, alterius, id est meo nomine, tuo nomine, illius nomine. In quibus omnibus dari potest ob caussam præteritam, & dari istorum gratia, quia debitum fuit. Neque vero in his ulla esse potest huius, de quo agimus, repetitio. Ita plane etiam si vitiosa esset illa inscriptio Pandectarum, tamen reponere de condictione caussa dati non liceret. Vetus igitur inscriptio nobis retinenda est, non solum ob fidem & auctoritatem omnium codicum, quodque per se recta est, sed etiam quia necesse est, vitio manifesto sermonis illam alteram lectionem repudiante. Sed hæc de illa inscriptione obiter, quia locus notandi occurrebat. Cæterum superiora meminerimus huc spectare, ut cum non sit locus huic repetitioni, de qua agimus, nisi quid datum sit aperte ob caussam caussa verbis adiecta, animadvertere possimus, ubi sit hæc caussa, & ubi ex hac caussa repetitio in iis appellationibus, quibus in hac re veteres usi sunt, ne loci cum incidissent, præterirentur a nobis tanquam hospites ignoti.

XII. Tertium exigit hæc repetitio, ut datum sit ob causam non inhonestam. Nam quod ob turpem causam datum est, etiam causa non secuta sæpe repeti non potest. De quo genere postea suo ordine.

C A P. XXI.

Quam generaliter verum sit, datum ob caussam caussa non secuta repeti posse, quicumque casus obstiterit, quo minus possit antea & in postetum impleri: Et de sententia: *L.* pen. *C. de cond. ob caus. dat.*

Quartum ad repetitionem dati necessarium in eo esse, ut caussa ob quam datum, non sit secuta. I.
Caussa non secuta ea quae aut nunquam sequatur, aut sequi potest, licet nondum secuta. II.
In priore rursus aut adest culpa accipientis, aut casus. Quae hic culpa, & qui casus. III.
Si culpa: caussa etiam non secuta est dati repetitio. IV.
Si casus; quocumque modo caussa non secuta, idem iuris. V.
Ratio. VI. VII.
Contrariis occurritur. VIII. IX.
Interpretatio ex vulgata lectione duplex L. *penult.* cod. de condict. ob caus. dat. *Quae altera verior & praeferenda.* X. XI.
Bartoli distinctio improbatur. XII.

I. QUartum est ad repetitionem dati, ut caussa ob quam datum est, non sit secuta. Et si quidem uno modo; aut pluribus quidem, sed pari ratione fieret, ut caussa non sequeretur: res iam esset confecta. Diceremus enim ex regula proposita, quod ob caussam non inhonestam ita datum est, ut dixi, caussa non secuta sine exceptione repeti posse. Sed neque uno modo, neque similiter accidit, ut caussa non sequatur. Existit ergo hoc loco quaestio, an quocumque modo non sequatur caussa ob quam datum est, competat dati repetitio. Et si nihil aliud quaerimus quam quo modo caussa non sit secuta, breviter dicendum est competere: in quae verba & regula superior concepta est. Id ita liquido probabitur, si propositis iis modis, quibus fit, ut caussa non sequatur, animadverterimus in his omnibus repetitioni locum esse.

II. Et caussa non secuta dicitur dupliciter: Vel quae ita secuta non est, ut nec sequi possit, sive quod ab initio fuit impossibilis, sive quod ab initio possibilis, postea impleri posse desiit, vel quae etiam nunc impleri aut sequi potest, nondum tamen est secuta.

III. Eamus per utrumque genus. Utrumque repetitionem dabit per omnia. Ac de ea caussa quae nec sequi potest, videamus. Et quominus caussa aliqua impleri & sequi iam possit, duobus modis accidit; aut accipientis culpa, aut casu: quae distinctio traditur in *L. pen. C. de cond. ob. caus.* Culpa accipientis; cum potuit implere, nec fecit, atque ita facultas implendi amissa est; veluti, si Stichum manumittere aut dare ex conditione debuit, & cum potuisset alterutrum facere, Stichus decessit. Casu; cum quominus caussam possit implere, natura aut alienum factum obstitit, cui provisione sua occurrere, aut obsistere non potuit. Sic enim fere casus fortuiti descriptio est *L. quae fortuitis, C. de pignor. act. L. ad eos, D. commod.*

IV. Et si quidem culpa accipientis caussa secuta non sit, nulla dubitatio est, quin possit datum repeti. Ubi scilicet de se queri debeat reus, qui cum posset & deberet legi dictae parere, non paruit. *L. dictam,* in fin. *L. pen. L. ult. C. de cond. ob caus. L.* 3. In pr. vers. *Proculus, L.* 5. *§. ult.* illic, *sed ubi accepit, D. eod.*

V. At quid si secuta non sit casu? an tum etiam datum repeti possit, magna quaestio est: quid enim potest imputari ei, qui implere etiam si vellet, non potuit? ut est in *L. cum quidam,* 17. *§. si pupillo, D. de usur.* Quinctiam & datum hoc casu repeti non posse, cum aliis in locis scriptum videtur, tum vero scriptum est diserte in *d. L. pen. C. de cond. ob caus.* Rursum in contrariam sententiam loci sunt non modo complures, sed etiam innumeri scripti non minus diserte. Quid ergo est? Nos vero sine metu prioris obiectionis audenter dicemus conspirantibus omnibus aliis locis, & sententiis veterum, quae de hac re exstant, etiam casu causa non secuta ob causam datum repeti posse. Sed an quocumque casu secuta non sit? Nam Accursius & Bartolus ad *d. L. pen. C. de cond. ob caus.* & ad *L.* 3. *D. eod.* hunc locum tractantes coguntur, velint nolint, in plerisque casibus hanc repetitionem agnoscere: sed dum eos locos explicare & tueri volunt, in aliis casi-

casibus negant. Nos dicimus, quovis casu causſa ſecuta non sit, repetitioni locum fore, sive caussa in eventum collata sit, sive in [1] poteſtatem accipientis: & non tantum si casus in perſona aut re accipientis contigerit, ſed etsi in alterius cuiusvis perſona, atque adeo ipsius dantis.

VI. Sit ergo cauſſa non in poteſtatem accipientis collata, ſed in eaſum. Omnes concedunt cauſſa caſu non ſecuta eſſe repetitionem ei qui dedit. Id enim agebatur. Ut puta, dedit quis ſponſo dotem pro muliere, ob cauſſam videlicet, ut nuptiæ ſequerentur; quam cauſſam conſtat non eſſe poſitam in poteſtate ſolius ſponsi, ſed in eo quoque ut velit ſponſa, & ut poſſit illi nubere. Ut hac parte pendeat a caſu, poteſt enim mulier nuntium remittere. Poteſt & ea conditio eſse perſonarum, ut quanvis velint, tamen matrimonio iungi non poſsint. Faciamus ergo alterutrum evenisse, atque ita ſponſum caſu prohibitum, ne perveniret ad nuptias. Certi iuris eſt, nihilominus eum qui dedit, repetere datum poſse, tanquam datum ob rem re non ſecuta, *L. ſi extraneus, D. de cond. cau. dat. L.* 1. *C. eod.* Eiuſdem rei exemplum eſt in milite, cui pecuniam dedi, ut ad cauſſam aliquam mihi procurator eſset. Nam nec in eius poteſtate eſt eam cauſſam implere; ſed pendet etiam ex eo, si adverſarius, cum quo agere volet, patietur, & tempore litis conteſtatæ omittat exceptionem procuratoriam. Alioqui miles procurator eſse prohibetur, *L. filiusfamilias,* 8. *§. veterani, D. de proc.* Et tamen non minus hoc caſu placet procuratione ab eo non ſuſcepta datum repeti poſse: tametsi cum inſtituiſset agere, ab adverſario sit ſummotus, ideſt caſu prohibitus cauſsam implere. *L. ſi miles, C. de cond. ob cauſ.*

VII. Sed etsi cauſsa collata sit in poteſtatem & factum accipientis ſolius, non eo minus dati repetitio eſt, quanvis cauſsa caſu non ſecuta. Exempla hæc ſunt, in quibus hæc ſententia dilucide confirmatur. Dedi nautæ pecuniam, ut me aut merces veheret. Nave caſu amiſsa non valuit. Placet licere mihi vecturam repetere hoc ipſo, quod munere vehendi functus non sit, quanvis appareat certo caſu id contigiſse. *L. ex conducto,* 15. *§.* [2] *item cum quidam, D. loc.* Item dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Scriptum eſt in *L. ult. D. de cond. cau. dat.* si mortuus eſt Stichus, poſse me repetere, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Sed dici poteſt facilius hæc admitti poſſe in ſuperioribus exemplis, quia etsi in his cauſsa caſu ſecuta non sit, tamen caſus contigerit aut in perſona accipientis, ut ſuperior caſus in milite; aut in re eius, ut qui caſus contigit nave nautæ amiſsa, aut Sticho ſervo tuo mortuo. Æquum eſse nimirum, ut qui caſus in perſona aut re accipientis contigit, is domino noceat potius, quam alii. Quando ſecundum naturam eſt, ut cuius eſt commodum, sit etiam & incommodum. Et contra, *L. ſecundum, D. de reg. iur.* Unde ductum, quod placuit rem ſuam domino perire. *L. pignus, C. de pignor. act.* Sed ne quem forte hoc moveat, adiicimus amplius, etsi caſus contigerit in perſona etiam ipsius dantis, atque adeo quanvis is fecerit, ne cauſsa ſequeretur, qui præcipue caſus illi nocere debebat; nihilominus & hoc caſu cauſsa non ſecuta competere dati repetitionem. Et vero id significatur aperte in *L.* 1. in fin. *D. de cond. cau. dat.* in ſpecie huiuſmodi. Legatus eſt mihi fundus ſub conditione, ſi decem Titio darem. Ego conditionis implendæ cauſſa Titio decem dedi: nempe ob cauſſam, ut conditione impleta liceret mihi legatum agnoſcere, & acquirere. Deinde re deliberata legatum repudio, & ita aperte facto meo accidit, ne cauſſa ſequeretur, ob quam decem data erant. Qui ſane accipienti caſus eſt, cui reſiſtere non potuit. Nec minus apparet eum caſum in perſona ipsa dantis contingere, non accipientis. Non eo minus tamen illic ſcriptum eſt poſſe me condicere. Sed cur longius repetimus hoc exemplum fortaſſe alienius, ut in quo etsi caſus contingit in perſona dantis, non confertur tamen

[1]) Diſſ. Duar. *h. t. C.* 3. *circ. fin.* ſentiens, quoties non per eum qui accepit ſtat quo minus det vel faciat, non condici *L. pen. C. h. t.* ut mortuo ſervo *L.* 3. *§.* 3. *h.* ſi ſcilicet cauſſa implenda ſit ab eo qui accepit. Secus ſi pendeat ex facto & implemento alterius, ut in exemplis *L.* 1. *&* 2. *h. t.* Idem tamen probe ſecum convenire videtur. *C.* 4. *circ. fin.* A Fab 45. *Err. Prag.* 9. diſtinguit inter defectum cauſſæ finalis, quæ etſi a caſu fortuito repetitioni locum dat & impulſivæ, quæ non niſi per eum ſtet a quo implendum. Sic accipit *L. pen. C. h. t.* Mile per ea quæ *ſupra C.* 10. *N.* 3 Mihi veriſſimum videtur caſu fortuito liberationem ſequi, quoties ab eo ipſo cauſſa implenda, quæ ita impeditur, ac periculum ante moram creditoris eſſe, quæ communis ſententia Io. Sa[illegible] ta. *Tr. Mora. C.* 3. *n.* 97. (qui tamen *n.* 99. diſtinguit an contractus perfectam cauſſam contineat vel non.) Arumæ. *de Mora C.* 8. 4 Quo moveor tum generali regula, rem ſine culpa debitoris peremptam ſolvere obligatione, tum claris & perſpicuis LL. *d. L.* 5 *§.* 1. *de praeſ. verbis d. L.* 3. *§.* 3 *D. d. L. pen. C. h. t.* Nec reſiſtunt obiecta noſtri, *ut in NN. ſeqq. ſuo ordine.*

[2]) At *d.* §. 6. loquitur de locatione, & ibi vectura pro merce non prærogata ſimpliciter; nec data pecunia ob cauſſam ut veheretur: ſed *pro mutua*, ut habent Florentin. Pandectæ, accepta, quia videlicet quæ non niſi finita & præſtita vectatione exſolvenda, ante eam nautæ mutuo data.

men caussa in accipientis factum: cum in his etiam quæ in potestatem accipientis conferuntur, certi iuris sit, ex pœnitentia dantis repetitionem dati esse? nam ut dicetur paulo post pluribus, si dedi tibi pecuniam ut Stichum manumittas, ut Capuam eas, licet mihi pœnitere. Et si denuntio tibi, ne manumittas, ne eas, efficio [3] ne amplius utiliter caussam implere possis. Atque hinc etiam repetitio *L.* 3. in pr. *L.* 5. in. pr. & §. 1. *D. de cond. cau. dat.* ubi tamen nemo non videt pœnitentiam meam casum esse, qui tibi obstet, & hunc casum in persona mea dantis contingere, non tua accipientis. Quare si caussa casu non secuta, ita ius est, ut sive caussa in eventum collata sit, sive in factum accipientis; & sive casus contigerit in persona aut re accipientis, sive in persona dantis, pariter in omnibus competat dati repetitio, quod certis & manifestis locis probavimus; neque pluribus modis accidere potest, ut caussa casu non sequatur: conficitur quod dixi, caussa non secuta omnimodo repetitioni locum esse, nec interesse, culpane accipientis caussa secuta non sit, an casu. Et in casu nihil referre, qualis hic sit casus, aut ubi contigerit.

VIII. Huic sententiæ animadverto tres locos opponi. De quibus sigillatim respondebo. Primus est in *L. naturalis*, 5. in pr. illic, *sed si scyphos. D. de præscript. verb.* Verba sunt hæc: *si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu dumtaxat culpam præstare debes.* Id autem est, si Stichus quem mihi ex conventione & ob caussam dare debebas, casu perierit, mihi periit. Id est, tu eo interitu ita liberaris, ut nihil possim amplius eo nomine a te petere. Idque consequens est ei regulæ, qua efficitur interitu rei debitæ, qui sine culpa debitoris contigerit, debitorem liberari, atque ita periculum & detrimentum in eo esse creditoris. *L. quod te*, 5. *D. si cert. pet. L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* Sed nihil hic contrarii. Non enim si pereunte Sticho obligatione eius liberaris, ideo scyphos a te repetere non possum tanquam ob caussam datos, caussa non secuta. Duarum enim rerum distinctæ hic obligationes sunt, quarum una ad alteram nihil pertinet. Debes mihi Stichum præstare ex conventione aperta, si velim eum petere, & in eam rem prodita actio præscriptis verbis. Sed & debes reddere, quod dedi, si nondum caussa ob quam datum est, secuta sit, & malim id repetere: & in eam rem condictio ob rem dati caussa non secuta. In qua sententia versatur tota *L. naturalis, D. de præscr. verb.* Porro cum duarum rerum diversæ actiones sunt, etiam si idem debitor sit, nunquam tamen unius rei liberatione alterius obligatio aut actio consumitur. *L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. furt.* Sed si in proposito dicet aliquis, amisso Sticho licet mihi adhuc scyphos repetere, quomodo dici potest Stichus periculo meo esse? neque enim videtur illo modo ullum periculum & incommodum esse meum, sed totum tuum debitoris. Nam tu rem tuam amittis, & præterea quod accepisti, cogeris reddere: ego autem re restituta semper rem meam salvam habeo. Sed non eo minus periculum & incommodum in Sticho [4] meum est. Finge enim multo pluris valuisse Stichum, quam scyphos. Si de

3) Recte, sed re integra, cum adhuc caussa ab alio, implenda, nisi pœniteret alter, sequi posset. Absurdum enim ut longior sit facultas pœnitendi, quam implendi, ait A. Fab. 45. *Err. Prag.* 9. Recte. Sed eo seipsum ferit. Æque enim absurdum etsi caussa sit finalis.

4) Ita & Charond. *ad L.* 23. *de V. O.* respiciendum esse ad titulos sub quibus leges collocantur. Periculo dantis Stichus ad id ne detur præscriptis verbis actio, non autem ne sit condictio, & Duar. *ad d. L.* 23. *& h. t. C.* 4. *circ fin.* Don noster *de Præsc. verb. C.* 37. Pae. 5. Q. 23. sed hoc refellit Cabot. 2. *Disp.* 29. quia hic etsi duplex actio, una tamen obligatio, unusque contractus, ex quo altera actio ad implendum contractum, altera ad dissolvendum. Eodem, quo noster, tendit Cuiac 8. *ad Afric. in L.* 50. *de i. dot. &* 23. *Obs.* 29. sed aliis ac falsis mediis, perire rem, non perire pecuniam, cuius repetitio quod detur *d. L. ult.* fieri exemplo emptionis *L.* 33. *Locati* quam permutatio imitatur. Sed fundamento subverso superstructum corruit. Ant. Fab. 6. *Conject.* 10. incommode se expedit. Periculum rei datæ esse accipientis *d. L. ult.* ne factum eius qui dedit ad inducendam obligationem eidem noceat & periculum damni in re nondum data adferat. At *d. L.* 5. §. 1. intelligit, si res data facile amitti possit, si utriusque tam datæ quam dandæ æquale sit periculum ut ibi scyphorum, aliud si pecunia data quæ perire nequit, ut genus, aut res soli, non ita facile peritura. Atqui prioris rationis si quæ firmitas, ea indistincte obtinere debet, quia eidem locus in omni contractu, mutuæ præstationis, sicque nunquam interitus liberabit debitorem, contractu prius ab alio impleto. Nec credibile est *d. L.* 5. §. 1. exemplum tradi contractus, de quo ibi ex professo tractatur, naturam non patefaciens. Cabot. *d. loc.* Quis vero dicet par esse scyphorum perdendorum, qui utique custodiri possunt, ne amittantur, & Stichi casus fatalis, cui nulla ratione ne occurri potest, periculum? Durius est quod Heidecc. *ad d. L. naturalis* 5. *Axiom.* 20. emptionem statuit in *d.* §. 1. datis scyphis, permutationem vero *in d. L. ult.* Scyphos esse pretium & quia æstimati (quæ mera divinatio est) & quia facile reduci possunt ad eudem materiam, indeque nummi percuti. Quis hoc vel probet vel refellat? Unicam hanc esse rationem componendi dissidii, qua (pace manium præclarissimi viri dixerim) nulla incommodior. Forcat. *Dial.* 49. *n.* 5. accipit *d. L. ult.* de casu quo Stichus mortuus antequam pecunia daretur, arg. *L.* 8. *de her. vend.* Facit *L.* 69. *de V. O. L.* 123. *v. quemadmodum de V. S.* Coras. 2. *Misc.* 9. quando servus culpa debitoris perit, & Arumæ. *de Mora* C. 8. n. 4. Cabot. *d. C.* 29. exponit *d. L. ult.* de specie ubi Stichus traditus, & ita mortuus apud accipientem: sed ideo, quia non dedit alter, id est accipientis fecit, sed tradidit tantum, ac ita non implevit ex parte sua contractum. Proxime hic ad veram sententiam accedere videtur, quam commodius levicula interlineaturæ mutatione adstrui puto hoc modo: Interrogationis signum (?) col- loco

de Sticho, qui periculo meo eſt, non amplius licet, quam in id quod mea intereſt, agere, manifeſtum eſt eo interitu id mihi perire, quanto minus repetitione ſcyphorum conſequi poſsum. Et hactenus meum eſt periculum atque incommodum in Sticho, etiam ſi maxime nihilominus ſcyphos repetam. Itaque nihil hic locus ne verbis quidem obſtat repetitioni dati, quam in eadem ſpecie ſupra admiſimus ex *L. ult. D. de cond. cau. dat.*

IX. Alter locus, ut verba ſunt, certo ſuperiori ſententiæ adverſatur. *L.* 3. in pr. verſ. *Proculus*, *D. de cond. cauſ. dat.* Sic enim illic ſcriptum eſt de ſententia Proculi; *ſi tibi dederim, ut Stichum intra Calendas illas manumittas, ſi quidem Stichus poſt id tempus deceſſerit; quo manumitti potuit, repetitionem eſſe. Si minus, ceſsare.* Nempe hoc eſt, ſi poſt Calendas Stichus deceſserit, ideo datum repetere poſsum, quia culpa tua manumiſsus non ſit. Sua enim die non manumittens, ut debebas, moram feciſti. *L. magnam, C. de contr. ſtip.* Quod ſi ante deceſserit, ideo contra ceſsat repetitio, quia ita Stichus periit caſu, ut nulla tua culpa præceſserit, cur non manumitteres. Qui enim debet in diem, ut ante diem ab eo peti non poteſt; ita ſi ante quod debuit, non præſtet, etiam interpellatus implendæ conditioni moram non facit. *L. cum filiusfamilias*, 49. *§. ult. D. de verb. obl. L. nulla, D. de reg. iur.* Ita in ſumma hoc reſponſo Proculi aperte dicitur: ſi cauſsa non culpa accipientis, ſed caſu ſecuta non ſit; datum ob cauſsam repeti non poſse: ſaltem tunc, cum cauſsa in factum accipientis collata eſt. Et eſt ita omnino: at id aperte adverſetur ei ſententiæ, quam poſuimus, ſi ſine diſtinctione recipitur Sed obſervandum eſt Proculi ſententiam eſse, quæ illic refertur ab Ulpiano: hanc autem Ulpianum non 5 probare per omnia. Ipſe enim Ulpianus diſerte eam temperat in *L.* 5. *§.* 1. illic, *ſed ubi accepit, eod. tit.* Ut ſcilicet cum ſine mora accipientis Stichus deceſſit, qui manumitti debuerat, ceſset repetitio, ſi is qui manumittere debebat, diſtracturus Stichum fuerit, quem ideo non diſtraxerit, quia ad manumiſsionem ſervabat. Quod ſi diſtracturus non fuit, nominatim addit ibidem Ulpianus repetitionem competere, quamvis Stichus caſu perierit. Decederet enim, inquit, etsi debitor non accepiſset, ut manumitteret. At illud ſaltem contrarium, dicat aliquis, quod vult Ulpianus ceſsare repetitionem, ſi is qui accepit, ut ſervum manumitteret diſtracturus fuerit. Ne hoc quidem contrarium. Hic enim exceptio eſt una ex paucis, in quibus iuſta cauſsa prohibet repetitionem, quanvis cauſsa ſecuta non fuerit. De quibus ſemel dicetur poſtea. Exceptio ducta aliunde, quam quod cauſsa non fuerit caſu ſecuta. Nunc de caſu tantum agimus, negamuſque hunc ſolum efficere, ut cauſsa eo caſu non ſecuta ceſset repetitio, quod & verum eſt, nec quidquam in eo mutant ſequentes iſtæ exceptiones.

X. Sed ut duo loci ſuperiores vitari poſſint, tertius certe non videtur poſſe, in quo velut ex profeſſo definitio ſuperiori ſententiæ contraria poſita videtur. Is eſt *d. L. pen. C. de cond. ob cauſ.* Sic enim vulgata lectio eſt: *pecuniam a te datam, ſi hæc cauſſa pro qua data eſt, non culpa accipientis, ſed fortuito caſu non eſt ſecuta, minime repeti poſſe certum eſt.* Ego autem de eo loco duo commode reſpondere poſſe arbitror. Primum recte dicetur, cauſſam in eo reſcripto non ſignificare finem ob quem pecunia data eſt, quomodo nunc cauſſam vocamus; ſed litem, & cauſsam agendam, pro qua agenda pecunia data ſit, ut accipitur in *L. cauſſas, C. de tranſ. L.* 1. *§. advocatos, D. de extraord. cognit.* ut cum nominantur cauſſarum genera apud rhetores. Sic autem cauſsam in eo reſcripto accipi debere, certe commode poſse, & ſi proprietatem ſermonis ſequi volumus, debere, intelligi poteſt

loco poſt illa *Stichum daret*, ſive eo uſque pertingat quæſtio, verbis, *in quod proclivior ſum*, quaſi in parentheſi poſitis; ſive novi, & ſuccidinei ibi *&* *ideo* ſubdatur Ac reſponſio ſeu deciſio, non incipiat ibi: *&* *ideo*, ſed ibi. *ſcnge &c.* Sic belle conciliatur *d. §.* 1. *v ſed ſi ſcyphos* Nam quod ibi dicitur regulare eſt, neque hic negatur, ſed temperatur & declaratur. Sic Reſp IC. Si alienam tradidiſti vel tuum quidem, ſed pro evictione ſtipulanti promittere negaſti, non liberaveris præſtatione & reſtitutione accepti, ſi deinde Stichus apud accipientem deceſſit. Cui conſequens eſt, nec te liberari, & multo minus, ſi Stichus & alienus fuit & apud te mortuus, ne ſis in meliore conditione ante, quam poſt præſtationem Stichi & qualemqualem contractus, ex parte tua, impletionem. Nec mihi iſthæc tentare religio, cui alias maxima iuris locos pervertendi. Quia enim Pandectarum Florentinorum archetypo, ex quo omnia, quæ nobis extant, exemplaria deſcripta, ut poſt A Aug. 1. *Emend* 1. Cont *Diſp.* C. 6 nulla punctorum notatio, nulla diſtinctionum intervalla, Angelus Politianus teſtis oculatus, *Miſc* C. 41. ponere nobis ea, ſi docet ratio, & poſita undecunque expungere liberum erit. Budæ. *ad L.* 3 *de LL.* Aug 1. *Emend.* 2. 4. *&* 8. A. Gent. 3. *Lect.* 10. Vult. 1. *Diſc* 12. Gœd. *ad L.* 21. *de V. S. n* 18 Rad. Forner. 6. *Rer Quotid.* 27

5) Quam inane hoc effugium ſæpe antea monui, & cuivis apparet. Simpliciter certe ponit Ulpianus, Proculi ſententiam *d. L* 3. §. 3. nec illius iterum, in *d. L.* 5. §. 3. quæ & ex alio libro deſumpta eſt, meminit. Et diverſi ſunt caſus ſervi mortui & fugientis, nec eandem plane rationem habent. Quin ex *d. L.* 5. §. 3. *in fin.* apparet adeo caſum liberare reſtitutione accepti, ut nec interdum ſi negligentia illi cauſſam dederit, aliud ſtatuatur.

test ex adiunctis. Sic enim verba sunt; si hæc caussa, pro qua pecunia data est. Expendamus dici caussam, pro qua pecunia data est: non autem caussam, ob quam pecunia data est. Cum verbo caussæ significamus finem, propter quem, dicimus dari aliquid ob caussam, non autem [6] pro caussa. Unde ubique dictam legimus condictionem datorum ob caussam, caussa non secuta: inauditum autem, condictio datorum pro caussa. At cum dicimus pecuniam dari pro caussa, hic verbo caussæ significamus subiectum rei, in quo hæc datio velut exercetur, ut cum dicimus in permutatione rem pro re dari. Ergo his verbis significatur pecunia data pro caussa agenda. Proinde data advocato advocationis caussa. Is enim est advocatus, qui caussam in iudicio agit, seu qui caussæ agendæ quoquo studio operatur. *L. 1. §. advocatos, D. de extraord. cognit.* Ita rescriptum ad pecuniam advocato datam pertinebit. In advocato ut & in similibus quibusdam personis sic ius est, ut si quidem per eum steterit, quominus caussam ageret, reddere debeat, quod accepit ex regula communi. Quæ pars subiecta est rescripto sequenti, idest, *L. ult. C. de cond. ob caus.* sin autem caussa, ut prius rescriptum loquitur, non culpa eius, sed casu fortuito secuta non sit, tum servetur ius harum personarum proprium, ut pecunia eo nomine data repeti non possit. Quæ rursum altera pars est priore illo rescripto comprehensa. Ut consulto factum videri possit, quod ea rescripta coniuncta sint, quorum uno pars una distinctionis de advocato receptæ traderetur: altero pars altera velut interpretationis & certioris explicationis vice. Sed & hæc in advocato exceptio est, dati repetitionem denegans non propter id solum quo factum est, ne caussa ageretur: sed alia iusta de caussa extrinsecus accedente, quæ hanc æquitatem inducat, ut postea dicetur. Quo sensu fieri apparet, ut ne hoc quidem rescriptum ei sententiæ quæ a nobis posita est, magis adversetur, quam superior exceptio.

XI. Sed quoniam retenta lectione vulgata nunquam deerunt, qui alteram significationem amplectantur, ut pecuniam illic datam pro caussa, interpretentur datam ob caussam, quæ postea secuta non est: demus operam, ut adversus hanc dubitationem superior interpretatio muniatur. Et vero quid hic sequamur, certæ regulæ iuris nos docent. Esto enim, conveniat verbis hæc interpretatio posterior. At certe illud semper obtinebimus convenire & priorem, quam diximus. Quinimo ut ante dixi, si latine & proprie loqui volumus, rectius dixerimus pecuniam dari pro caussa, ut sit pro lite & controversia, quam ut significemus dari ob caussam, seu ut aliquid sequatur, quomodo nusquam locutos veteres legimus. Nec quem moverit, quod postea hæc caussa non dicitur acta non esse, sed non esse secuta; quod de re futura, & quam postea sequi volumus, dici solet. Nam & sis culpa advocati potest non sequi, dum actor advocato fidem non implente litem omisit. Potest & non sequi casu; dum advocato ad caussam agendam parato, aut mors actorem sustulit, aut actor vivus ultro lite cessit adversario, aut de ea transegit. Hoc enim omne factum actoris advocato casus est fortuitus, cui ille obsistere non potuit. Sed volo non magis hanc significationem convenire verbis, quam alteram. Attamen hoc saltem efficietur pariter convenire utramque, proinde huc rem redire, ut fateamur ambiguam esse rationem rescripti, quæ hanc & illam significationem admittat. Ideo videndum, utram potius significationem sequi debeamus, quando utramque non licet, cum sint contrariæ. Scimus autem quid hic præscribat regula iuris de orationis ambiguæ interpretatione: nempe, In ambigua voce legis eam potius accipiendam esse significationem, quæ vitio caret. *L. in ambigua D. de legib.* Quod si hic fit, quæstio tollitur. Ut enim dicamus hic pecuniam datam pro caussa, idest ob caussam, & caussa casu non secuta pecuniam repeti non posse, efficitur sententia, non quæ vitio careat, sed quæ sit vitiosissima, utpote incurrens in tot reprehensiones, quot species supra ostendimus, in quibus caussa casu non secuta competit repetitio. Sin intelligimus pecuniam datam pro caussa, idest lite, seu pro caussa agenda, quod fit cum datur advocato advocationis caussa, placetque pecuniam ita datam, si caussa non culpa accipientis, sed casu secuta non sit, repeti non posse: ea sententia statuitur quam certum est vitio carere, est enim verissima. Quare in promptu est ex superiore regula, hanc significationem posteriorem accipi, illam priorem removeri debere.

XII. Si cui nondum hoc satis probari potest,

6) At non inconcinne *pro caussa*, id est ut caussa sequatur. Sic pro merce pretium, pro usu rei merces datur, id est ut tradatur merx, ut præstetur usus, & in similibus. Reliqua facile concidunt. Cur autem veteri lectioni, sibi probe constanti & convenienti *d. L. 5. §. 3. de præsc. verb. d. L. 3. §. 3. D. h. t.* novam subrogemus.

potest, videturque hic caussa non secuta non posse aut debere accipi: nisi de caussa propria huius repetitionis, idest de caussa ob quam quid datum est, ut sequatur postea: est altera non minus idonea defensio, scripturam quam retulimus, in superiore rescripto vitiosam esse; neque ideo novam comminiscendam, sed servandam eam, quæ legitur in veteribus exemplaribus omnibus manuscriptis, ut pro illis verbis, si hæc caussa, legamus, licet caussa. Sic est ut dixi, lectio veterum exemplarium manuscriptorum, ut testes sunt ii, quibus id observare studio fuit. Ut Russardus in editione Pandectarum, quam cum suis notis adornavit. Qua lectione recepta consequens est subiici debere orationem non negativam, ut vulgo legitur, & in qua idem ille quem dixi parum considerate mansit: sed affirmativam; & pro minime quod sequitur postea in lectione vulgari, legendum minimum, perexigua ac prope nulla, certe finitima mutatione literarum. Et minimum accipiendum, pro ut minimum, seu saltem. Ut sit sententia, pecuniam datam caussa ob quam data est, non secuta, licet casu secuta non est, ut minimum, seu ipsam saltem repeti posse certum esse. Hanc lectionem hæc suadent, atque adeo prope necessario exigere videntur. Primum quia hæc verba, si hæc caussa, rescripto non conveniunt, atque adeo in eo rescripto aperte sunt vitiosa. Nam quæ vis est huius particulæ demonstrativæ hæc, demonstratur his verbis certa aliqua caussa præcedens aut subsequens, de qua actum sit, ut sequatur postea. At in eo rescripto nullius certæ caussæ mentio fit neque ante, neque postea. Quare hæc lectio ut vitiosa repudianda. Hac autem remota, relinquitur altera huic vicina, quam sequamur, ut legamus licet. Scriptura eo magis recipienda quia & sine vitio est, utpote de omni caussa recte concepta, & fide veterum librorum defenditur. Iam vero hac recepta, dixi consequens esse subiici debere orationem affirmativam in hæc verba, pecuniam datam minimum repeti posse, non autem negativam hanc, minime repeti posse. Recte consequens. Hæc enim oratio, licet caussa secuta non est, adversativa est, desiderans & ipsa adversantem orationem. At oratio subiecta sic adversatur, si dicamus pecuniam repeti posse. Hæc enim erat obiectio. Atqui fieri potest, ut caussa non culpa accipientis, sed casu secuta non sit. Occurritur huic dubitationi per adversativam hoc modo. Ne quem hoc moveat: licet enim caussa casu fortuito secuta non est, minimum pecuniam datam repeti posse certum est: minimum, idest ut minimum, seu saltem. Ubi si legeremus pecuniam minime repeti posse; non adversaretur huic sententiæ quod caussa casu secuta non est, sed potius eius sententiæ rationem contineret: atque ita legendum esset, si caussa casu secuta non est, seu quia caussa casu secuta non est, pecuniam datam repeti non posse certum est. Ut autem affirmativa oratio pecuniam repeti posse, illi scripturæ convenit, licet caussa casu secuta non est: ita sic quoque legendum esse non tantum suadet, sed etiam flagitat illud certum est, quo verbo rescriptum utitur. Nam illud, pecuniam repeti non posse si caussa casu secuta non est; si non est falsum, at certe nullo modo dici potest certum esse. Etsi enim aliquibus in caussis admittereiur, in innumeris tamen secus esse tot locis legimus. Quæ varietas, vel potius repugnantia fieri non potest, quin maxime ius hac de re incertum, & anceps reddat. Contra si ita legimus, quanvis caussa casu secuta non sit, tamen pecuniam repeti posse certum est; nihil potest dici verius, quam hoc ex iure vetere, & sententiis receptis certum esse. Ex iis enim quæ probavimus, constat id ita esse, postquam propositis omnibus modis, quibus caussa casu potest non sequi, ostendimus id ius esse in singulis. Sed & illud minimum, idest ut minimum, ad huius sententiæ confirmationem facit. Cum enim pecuniam tibi dedi, ut mihi Stichum dares, possum utroque nomine tecum experiri, & ut mihi Stichum des, quia ita convenit, & non est nuda conventio. *L. legem, C. de pact.* Et si velim, possum agere, ut pecuniam reddas datam ob caussam, caussa non secuta. *L. naturalis*, tota, *D. de præscr. verb.* Quid, si Stichus sine culpa tua perierit? non sane potero amplius eo nomine agere, cum Stichus mihi perierit. *d. L. naturalis*, in pr. vers. *sed si scyphos*. Sed ut hoc non liceat, tamen ut minimum pecunia repeti poterit, idque ita diserte traditum est in *L. ult. D. de cond. caus. dat.*

XIII. Sive hoc posterius, sive prius illud placet de sententia superioris rescripti, certe alterutrum eligere necesse est, si volumus eius definitionem tueri. Alioqui defendi omnino non potest, ut sunt ea, quæ ante de hoc genere ostendimus. Nec effugiemus eas obiectiones, si confugiamus ad distinctionem Bartoli, qua ille ex hac difficultate eluctari conatus est ad *d. L. 3. D. de cond. caus.* Nam præterquam quod eius distinctionis pleræque partes falsæ sunt, eæ scilicet, in quibus propter

casum caussa non secuta denegat repetitionem; hoc etiam incommodum illum urget, quod in iis partibus, quæ veræ sunt, auget difficultatem, & falsitatem rescripti non diluit. Hoc enim agit, ut reddat rationem cur in plerisque caussis, quæ contrariæ videbantur, caula quanvis casu non secuta, nihilominus competat repetitio. At hoc est maxime confirmare repetitionem dati caussa quanvis casu non secuta. Quod quo certioribus rationibus feceris, eo magis adversus rescriptum dixeris, quo repetitio hoc casu in universum denegatur.

C A P. XXII.

Licet caussa, ob quam datum est, adhuc impleri possit, & paratus sit, qui accepit, implere; tamen caussa nondum secuta posse datum ex pœnitentia repeti: Et quid in hac re heredi eius quem nondum pœnituerat, liceat,

Danti licet ex pœnitentia datum repetere, caussa non secuta, & si accipiens sit paratus implere. I.
Contrariis occurritur. II.
Heredi dantis non licet ob caussam datum ex sola pœnitentia repetere. III.
Sed tamen repetet ex pœnitentia simul, & caussa nondum secuta.
Quid hoc a superiore differat. IV.

I. Atque hæc ita sunt, si caussa non secuta iam certo impleri non possit. Quid si impleri adhuc & sequi possit, nondum tamen sit secuta. Licetne hic etiam datum repetere, dum pendet, an caussa sequatur, necne? Et superiore regula efficitur posse. Non enim eo minus verum est caussam secutam non esse, etsi sequi potest postea. Sic autem ius est, quod ob caussam datum est, repeti posse caussa non secuta. Et hoc ita in hac specie receptum est. Minus mirum, si receptum dicamus in ea caussa, quæ sit collata in eventum, & quam reus fateatur a se impleri non posse. Sed hoc dicimus amplius, etsi caussa sit in potestate accipientis, & is ultro se dicat paratum caussam implere, tamen placuit licere [1] pœnitere ei qui dedit, & ex pœnitentia datum revocare. Veluti si dederim tibi pecuniam, ut Capuam ires, ut Stichum manumitteres, pœnitere me dati, ac velle recipere, quod dedi. *L.* 3. in pr. *L.* 5. in pr. *D. de condict. caus. dat.* Idque usque adeo obtinuit, ut quanvis post denuntiationem impleris, quod promiseris, puta ieris Capuam, aut Stichum manumiseris: placet tamen ut initio dixi, eam rem tibi nihil prodesse, quominus ex pœnitentia, quæ præcessit, datum repetam. *L.* 5. §. 1 *D. de cond. caus. dat.* Nec obstat, quod caussa secuta est, & ob caussam datum placet caussa secuta repeti non posse. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Nam cum sit locus pœnitentiæ, hæc postea secuta fecit, ut videatur desiisse ob caussam datum, quod initio datum erat.

II. Videamus tamen, ne facultati isti pœnitendi, & revocandi datum invito adversario contrarium sit, quod traditur, neminem invito adversario renuntiare posse semel constitutæ obligationi. *L. sicut, C. de obl. & act.* Minime vero hoc illi adversatur. Cum enim do ut des, do ut facias, si negotium in aliud nomen contractus non transit, nec consensu solo contractus parit obligationem: tu qui accipis, ex pacto obligaris, ut des aut facias id de quo convenit, quia pactum non est nudum. *L. legem, C. de pact.* Ego autem tibi non obligor, ut dem etiam si convenisset, ut darem, priusquam tu mihi dedisses quid, aut fecisses. Quia tunc pactum [2] nudum est, ex quo non nascitur

[1]) De quo vid. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 27, *& seq.* ubi aliquot modis extendit & restringit, ubi & *n.* 29. quid si iuramento firmatus contractus fuerit. Et Io. Gutierez. *de iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 35. Num pœnitentiæ locus iure Canonico, vid. Fach. 11. *Contr.* 8. Gravi vero, aut ego valde fallor, errore labitur Iac. Schulter. *Pract. QQ.* 10. *n.* 25. scribens conditione datorum instituta in liberrimo rei arbitrio versari, mallet ne etiamnum implere placita aut data restituere. Nec enim video quæ sic pœnitendi licentia relinquatur, aut quid ita in effectu, contractus innominati a nominatis discrepent Sane leges quas ad comprobationem vir doctissimus citat, mea sententia, nihil, quam hoc, minus inferunt.

[2]) Duar. *h. t. C.* 4. Ex parte mea, ait, conventioni accessit & intervenit datio rei, ideo accipiens mihi obligatus. Ex illius autem parte tantum nudum pactum, priusquam ipse facit, & ideo aliud in contractibus nominatis *L.* 11. *C. de R. V.* Sed huic rationi obstat quod pactum nudum prosit ad exceptionem & retentionem reo convento. Vasq *d. C.* 59 *n.* 20 rationem differentiæ inter nominatos contractus & hos in eo ponit, quod in his, caussa dandi est, quod implendum de futuro, qua cessante, locus condictioni: in illis obligatio præcedens. A. Fab. 45. *Err. Prag.* 9 *&* 48 *Err.* 4. quia dando non egit ut se obligaret, sed ut alium sibi. Ergo nec naturaliter obligatus,

tur iure civili actio, *d. L. legem. L. iurisgentium, §. sed cum nulla, D. de pact. L. ex placito, C. de rer. permut.* Quare etsi dederim tibi postea ex conventione, non tamen obligor ad datum apud te relinquendum, qui non fui obligatus ad dandum. Neque enim obligatio nova ex traditione mea nascitur, cum etsi tibi debuissem prius, non modo non obligarer ea solutione, sed etiam statim liberarer. Denique qui indebitum dedit, dando non facit debitum id qood prius erat indebitum. *L. si certis, C. de pact.* Quod si ita est, perspicuum est, cum in his caussis videtur mihi non stare priori conventioni, sed repeto ex pœnitentia qood dedi, non ideo tamen renuntiare me constitutæ obligationi, qoi nulla prius tenebar dati obligatione. Locos in primis illustris ad coofirmationem non dubiam superioris sententiæ, qua posuimus, datum ob caussam caussa quovis casu non secuta repeti posse. Nam ut ante attigi, pœnitentia & revocatio dantis casus est accipienti sine dubio furtuitus. Est enim id factum, cui is, qui accepit, obsistere non potest. Quæ casus fortuiti in simillimo facto descriptio est in *L. ad eos, D. commod.* Neque hic casus qoilibet, sed qui contingat in persona dantis. Hoc amplius sæpe magna culpa & levitate dantis. Et tamen ex hoc casu certi iuris est repetitionem danti competere. Quapropter dubitari non debet, quin si alius casus quivis in persona dantis non contigerit, sit omnino dati repetitio.

III. Sed notandum diligenter, quæ pœnitentia hic conceditur ad revocationem dati rebus integris, eam concedi nominatim ei, qoi dedit. *L. 5.* in pr. *L. 3. D. de cond. cau. dat.* Ex quo intelligimus non eandem facultatem concedi dantis heredibus. Licet observare in omnibus aliis caussis, in quibus permissum est danti pœnitere, & ex pœnitentia revocare, quod dedit, ius ita esse constitutum, ut danti soli hoc liceat, non etiam heredi eius. Hoc ita ius est in donationibus inter virum & uxorem. *L. cum hic status, §. ait oratio, D. de don. int. vir. & uxor.* Ius in rebus a parente collatis in liberos, quos ille in potestate habet. *L. donationes quas parentes, C. de don. int. vir. & uxor.* Item in donatione caussa mortis. *Inst. de don.* in pr. Idque ratio iuris probat. Quod enim personæ defuncti cohæret, id ad heredem eius non transit. *L. non solum, 2. §. tale, D. de lib. leg.* Ius autem pœnitendi tale est. Est enim pœnitentia volontatis: voluntas autem cuiusque morte finitur. *L. 4. D. loc.* Et certe apparet, utcomque heredem pœniteat postea, semper tamen verum esse non pœnituisse dantem, neque eum pœnitere unquam posse, si vivus datum non revocavit.

IV. Quid ergo non poterit heres, quod ob caussam datum est, repetere, caussa nondum secuta, si adhuc pendeat, an sequatur? Immo poterit. Quod enim defunctus datum condicere poioit caussa nondum secuta, ius est non personæ eius cohærens, sed rei & caossæ. Ideo hæc illi actio competit, quia res secuta non est. Quæ caussa etiam mortuo eo perdurat. Quodcumque autem eiusmodi ius est, in id omne heres succedit: *L. heres in omne, D. de acq. her. d. L. non solum, §. tale de lib. leg.* Nec cum dicimus heredem quod a defuncto datum est, ex pœnitentia revocare non posse, rebus integris; tanquam autem caussa non secuta posse, pugnantia dicimus: tametsi verum est neminem repetere posse datum ob caussam caussa nondum secuta, nisi pœnitentia acta & mutata voluntate. Hoc enim sic intelligimus, heredem repetere datum non posse ex pœnitentia sola: eundem ex pœnitentia simul & caussa non secuta posse. Quorum utrom dicamus, multum interest. Qui ex pœnitentia sola revocare potest, huic satis est pœnitere. Et dum hoc denuntiet accipienti, nihil accipienti restat omnino, nisi ut quandoque reddat, quod accepit. Sive enim convenitur postea caussa nondom secuta, recte convenitur ex regula communi, quia datum sit ob caussam caussa non secuta. Sive convenitur caossa secuta post denuntiationem, quia forte reus denuntiatione contempta postea caussam implerat; nihilominus recte convenitur, quoniam caussa secuta sit adversus pœnitentiam eius, cui concessum est pœnitere. Hactenus vero heredi pœnitere non licet. Ut enim maxime

tus. Et dum pœnitet liberat adversarium quem sibi obstrictum habet. Vide & Gomez. 2. *Resol.* 8. *n.* 3. Vera autem hæc & genuina nota contractuum innominatorum, nec quibusdam nominatis communis, ex natura quidem ipsorum. (Quin enim conventione adiecta id effici possit nec dubitatum puto, in eoque nihil novum aut a DD. sententia abnorme tradit Treutl. *P. 1. Disp.* 22. *Th.* 2. *lit.* C. licet id dubium sit an tum condictitia hac actione experiundum sit, ut Treutlerus an potius actione principali ex contractu illo, quod verius puto) Longissime vero alia ratio est revocationis mandati, quæ fit rebus undiquaque integris, implemento ex neutra parte sequuto, item renunciationis in societate, cuius omnino diversus effectus. Neque enim eo minus uterque alteri ad id tempus usque obligatus. Sane condictioni ex pœnitentia, & datorum repetitioni ob implementum ex altera parte nondum sequutum, ex. g. rei venditæ & traditæ ob pretium nondum solutum in nominatis contractibus locum nunquam esse, contra Balduin. demonstrat Ant. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. explicans *L. 6. C. de pact. int. empt.*

xime denuntiet accipienti, ne Capuam eat, ne manumittat; tamen si hic consistit, nec datum repetit iudicio, qui accepit, impune contemnet denuntiationem, & implebit, quod promiserat, quo subsecuto, frustra deinde heres repetet datum tanquam caussa non secuta, quia vere secuta sit. Nec dicet caussam secutam contra pœnitentiam & voluntatem suam; quoniam hæc sola pœnitentia ad mutandum datum illi non conceditur. At qui caussa non secuta ita se instituit, ut ex pœnitentia mutet factum, & simul iudicio agens datum repetat, hic demum dicendus est repetere ob caussam datum non ex pœnitentia, sed ex eo, quod cum litem contestatur, caussa nondum secuta erat. Hoc vero heredi facere ius est, fuit enim ius defuncto; heres autem, ut dixi, in ius omne defuncti non personale succedit. Iudicio agere cum cœperit heres, non est ei metuendum, ne reus postea legi dictæ parendo condemnationem evitet. Potestatem enim caussæ implendæ retinet reus usque ad litem contestatam: lite semel contestata amittit. *L. 9. L. si insulam, 84. D. de verb. obl.* Quippe nova obligatio iudicati iudicio contracta est, quam suo facto mutare non potuit, ut scripsi ad eos locos.

C A P. XXIII.

In quibus caussis dati ob caussam caussa non secuta cesset repetitio.

Transitio. Caussæ iustæ, quæ præter caussam casu non secutam repetitionem inhibent, duplicis generis; & quæ. I. II.
Dati ob caussam, quæ nec casu secuta, at nec sequi potest, duæ caussæ summovent repetitionem; & quæ. III.
Voluntas dantis qualis eiusmodi caussa. Ea aut expresse, aut coniectura significatur. IV.
Coniectura in eo cernitur, quod datum ob caussam natura vel iure impossibilem; & quatenus. V.
Contraria diluuntur. VI.
Item in eo quod sponsæ donatur a sponso, & vicissim. Quomodo: & qua de caussa. VII.
Accipientis incommodum quatenus repetitionem adimat. VIII.
Dati ob caussam quæ adhuc pendet, prohibent ex pœnitentia repetitionem obligatio dantis, & cœpta caussæ impletio. IX.
Dantis obligatio talis duplex. X.
Una, cum quis dedit, sed obligatus. Quibus ex contractibus nascatur, aut non ista obligatio. Ab utroque genere exempla. XI.
Altera, cum obligatur qui dedit, & ipse provehere caussam, quam impedit ex pœnitentia. XII.
Cœpta impletio dati repetitionem amovet ex pœnitentia, si eam omittere non sit integrum accipienti. XIII.
Integrum esse desinit tribus modis. XIV.
1. *Cum quis ad caussam implendam incipit obligari. Quæ huiusmodi species, eiusque ratio.* XV.
2. *Cum accipienti abest, quod erat in re seu in impletione præcipuum. Et hoc quale.* XVI.
3. *Cum quis ad caussam implendam paravit res necessarias.* XVII.

I. EX his apparet nihil verius aut certius dici posse, quam quod supra ostendimus, quod ob caussam datum est, caussa quanvis casu, & quidem quovis casu non secuta nihilominus repeti posse. Sed hoc totum sic accipiendum est, ut initio adieci, si nihil aliud hic referre existimetur, quam quomodo caussa secuta non fuerit: seu si nihil hic aliud obstet repetitioni, quam casus; quo factum est, ne caussa sequeretur. Cæterum iustæ caussæ intervenire possunt aliunde, quæ inhibeant dati repetitionem.

II. Et sunt omnino huius generis complures iure cognitæ in hac repetitione; quas iam separatim subiiciam. Earum quædam proprie valent adversus eam repetitionem, quæ instituitur caussa ita non secuta, ut certum sit nec sequi posse. Quædam magis ad removendam præmaturam repetitionem, quæ inducitur caussa adhuc pendente, prohibetque ne impleatur.

III. Cuius dati caussa ita casu secuta non est, ut nec sequi possit, id quominus possit repeti, duæ iustæ caussæ sunt: Voluntas dantis, & accipientis incommodum.

IV. Voluntas dantis, si non fuit hoc animo, ut caussa casu non secuta datum repeteret. Quem quidem eius animum si fuisse aperte constet, nemo dubitat, quin iure

iure ei denegetur repetitio. Neque enim numeratio datiove alicuius rei accipientem obligat, niſi hoc ipſum agitur, ut confeſtim obligetur. *L. non omnis*, *D. ſi cert. pet.* Sed etſi is qui dedit, non aperte dixit ſe hoc ſentire: tamen ubi veriſimile eſt eius animum hunc fuiſſe, coniectura voluntatis admittitur. Quam ad coniecturam duæ ſpecies datorum pertinent; in quibus propterea placet cauſſa caſu non ſecuta repetitionem dari non eſſe: datum ob cauſſam impoſſibilem, & donatum a ſponſo ſponſæ, vel contra.

V. Datur quid ob cauſsam impoſſibilem, cum datur ut fiat, quod fieri non poteſt vel natura prohibente, vel iure. Natura, veluti ſi dem, ut Stichum des, qui mortuus erat; ut manumittas, qui erat liber: ut enim natura dari non poteſt homo qui non eſt, id eſt mortuus; ſic nec manumitti qui eſt liber, cum manumiſſio ſit e manu & iuſſa ſervitute miſſio, ſeu libertatis datio. *Inſt. de libert.* in pr. *L.* 4. *D. de iuſt. & iur.* Iure non poteſt, veluti ſi dem pecuniam in dotem, ut nuptiæ inter aliquos ſequantur, quæ inter eos iure conſiſtere non poſſunt. Nam & quod iure non poſſumus, omnino nec poſse nos credimur. *L. filius*, *D. de cond. inſt.* Quæ ob eiuſmodi cauſsam data ſunt, interdum repeti poſsunt, ut cauſsa non ſecuta: interdum non poſsunt; quæ pars ad id de quo agimus pertinet. Ac de iis ita ius eſt. Quod quis ob impoſſibilem cauſsam dedit, veluti ut liberum hominem manumittas; ſi putavit cauſsam poſſibilem, puta ſervum eſse, de quo manumittendo agebatur, nihilominus repetet, non ſecus, quam ſi ob poſſibilem cauſsam dediſset, quæ non eſset ſecuta. *L. cum ancillam*, *C. de cond. ob cauſ.* *L.* 3. §. *ſi liber*, *D. eod.* Quia ſcilicet dum poſſibilem putavit, eodem animo fuit ad repetendum, atque ſi vere poſſibilis fuiſset. Quod ſi ſcivit cauſsam impoſſibilem eſse qui dabat, non repetet. *L. dictum*, *C. de cond. ob cauſ.* Ratio quam dixi ex voluntate dantis ducta, quia qui conditionem aut cauſſam (quæ pro conditione eſt, *L.* 1. *C. de iis quæ ſub mod.*) impoſſibilem adiecit, non videtur hoc animo fuiſse, ut in eo quidquam ageret, aut inde vellet ullam obligationem naſci. *L. non ſolum*, 31. in fin. *D. de obl. & act.* Voluit enim datum reddi non ſimpliciter, ſed ſub conditione, ſi cauſsa quam adiecit, ſecuta non eſset. At hoc pro non adiecto eſt. Sciebat enim ſequi non poſse.

VI. Videri tamen poſsunt huic parti quædam adverſari. Obiicitur. *L.* 1. *C. de cond. ob cauſ. dat.* In hac ſpecie; Cum contracta eſſent ſponſalia inter eas perſonas, inter quas matrimonium conſiſtere non poterat, extraneus aliquis pecuniam ſponſo in dotem dedit, nempe ergo ob cauſſam ut nuptiæ ſequerentur. Proinde in propoſito ob cauſſam impoſſibilem: nam nuptiæ ſequi non poterant. Placet nihilominus pecuniæ repetitionem eſſe, ut ob cauſſam datæ, cauſſa non ſecuta. Sed intelligi oportet illic pecuniam datam eſſe ab eo, qui cauſſam poſſibilem, id eſt nuptias ſequi poſſe putabat. Non exprimitur id quidem verbis reſcripti; ſed ſatis intelligitur illis verbis, quibus initio proponitur pecunia data eſſe in dotem. Nam dotis verbum non refertur, niſi ad ea matrimonia quæ iure valent. *L.* 3. *D. de iur. dot.* Proinde qui ita dedit, ut ſe putaret dare in dotem, is ita dediſſe intelligitur, ut ſe putaret dare ob matrimonium iuſtum futurum. Iam autem diximus, quod ob impoſſibilem cauſſam datum eſt ab eo, qui poſſibilem putaret, repeti poſſe. Hic occurritur, & obiicitur ſecundo loco in ſciente [1] *L. ſi militem*, *C. de cond. ob cauſ.* in hac ſpecie. Dedi militi quem militem ſciebam, pecuniam, ut mihi procurator eſset in aliqua cauſsa. Datum hoc videtur ob cauſſam iure impoſſibilem. Nam miles procurator eſse non poteſt nec ſi adverſarius conſentiat, ut eſt in *L. filiusfamilias*, 8. §. *veterani*, *D. de proc.* Sed & in *d. L. ſi militem*. Diſerte ſcriptum eſt, militem procuratorem fieri, legibus interdictum eſse. Quod ſi ita eſt, & ita ius eſse ſcivi, aperte ob impoſſibilem cauſsam dedi ſciens; ſi ignoravi, erravi in iure; qui error non magis mihi prodeſt ad repetitionem, quam si non erraſsem. *L. cum quis*, *C. de iur. & fact. ignor.* Placet tamen in *d. L. ſi militem*. quidquid ob hanc cauſsam datum eſt, ut cauſsa non ſecuta repeti poſse. Et ſic ſane in hac ſpecie pecunia militi a ſciente data: attamen non eſt data ob cauſsam impoſſibilem. Prohibetur enim legibus miles procurator eſse: non abſolute, ſed hac conditione si adverſarius eum removeat exceptione procuratoria. Quod ſi hac omiſsa miles alieno nomine litem conteſtatus erit, iure procurator eſt, & iudicium

1) Ad cuius explicationem vid. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 3. n. 8. & ſeqq.

cium consistit. Et hoc additur nominatim in *D. §. veterani*. Rata est igitur hæc sententia, quod quis ob impossibilem caussam sciens dedit, repetere eum non posse. Caussa inhibendæ repetitionis ea quam dixi, quia non fuerit hoc animo, ut hac adiecta eius rationem haberi vellet.

VII. Ad eandem caussam pertinet donatum a sponso sponsæ, & contra, hoc modo. Si quid sponsus donavit sponsæ, aut sponsa sponso, etsi intelligitur donasse ob caussam, nempe futuri matrimonii caussa; sic tamen ius est, si non [a] culpa accipientis acciderit, ne nuptiæ sequerentur, quæ secutæ non sunt, donatum repeti non posse. Veluti, si sponsus nuntium remiserit sponsæ, aut decesserit ipse, vel sponsa prius, quam nuptiæ contraherentur. Quibus casibus dicemus repetitionem non esse nec a sponsa ipsa, nec a defunctæ heredibus. Id intelligimus ex *L. cum veterum, C. de donat. ant. nupt.* Nam illic initio refertur, veterum sententiam fuisse, donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis valere. Excipit constitutio, & hactenus illam sententiam temperat, nisi culpa accipientis acciderit, ut nuptiæ non sequerentur: Veluti si sponsa cui donatum erat, aut parentes eius ea non dissentiente nuntium sponso remiserint. Hinc facile est intelligere, si nihil istius culpa accipientis acciderit, ius antiquum & illam sententiam veterum manere. Sive quod exceptio regulam confirmat in partibus non exceptis. *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa*, in fin. *D. de inst. vel inst. leg.* Sive quod quæ mutata specialiter non sunt, ea veteris iuris regulis relicta intelliguntur. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Huius rei ratio non alia in re, quam in voluntate & effectu dantis: quem constat sponsam amasse, & donando non aliud spectasse, quam ut beneficio sponsam invitaret, quo vellet proniore animo nuptias sequi. Cui voluntati repugnat donatum repetere, si sponsa parata fit nubere, sed quominus nubat impediatur casu. Sed & illud constat, quod a sponso donatur futuri matrimonii caussa, seu ut matrimonium sequatur, in eo tacite id agi, ut sponsus donatum repeti velit sub hac conditione, si mulier non nupserit. Porro in his qui effectu aliquo ducuntur erga mulierem, & hanc conditionem legato aut donationi in mulierem collatæ iniiciunt, si mulier non nupserit, eam conditionem sic interpretati sunt veteres quasi dictum esset, si mulier nubere noluerit, affectu patris & similium personarum aliquid mulieri donantium hanc interpretationem exigente. *L. pater*, 101. *D. de cond. & dem.* Denique scimus quis esse soleat affectus sponsi erga sponsam, & sponsæ erga sponsum. Neque vero novum est ex affectu rem ita æstimari, ut quod datum alioqui repeti posset, tunc non possit, cum ab affectu profectum intelligitur. *L. quod in uxorem, L. si paterno, C. de neg. gest.*

VIII. Ex incommodo accipientis cessat repetitio iustissima de caussa, si res quam ille dare, aut manumittere ex lege dicta debuit, amissa est, eique amissioni fides suscepta, seu necessitas implendæ conditionis caussam præbuit. Utputa, dedi tibi pecuniam, ut Stichum intra certum tempus mihi dares, aut manumitteres. Is ante diem periit: si amissioni caussam præbuit conventio, non repetam. Id autem accidit duobus modis. Uno, si Stichum distrahere potuisti, & idcirco omisisti opportunitatem vendendi. Quia propter conventionem qua eras obstrictus, eum ad manumissionem parabas. Altero, si cum iussu tuo proficisceretur ad manumissionem, aut ut mihi traderetur, periit in itinere, eique morti profectio caussam attulit. Veluti, si a latronibus sit interfectus, si ruina stabuli oppressus, si submersus naufragio, si vehiculo sit obtritus. Quæ summa est *L. 5. §. 1.* maxime in illis verbis; *sed ubi accepit, D. de cond. caus. dat.* Repetitionis in hac caussæ inhibendæ ratio & æquitas hæc est, quod ut is qui accepit, non debet ex eo quod datum est, lucrum facere, si videatur danti repetere, quod dedit. Ita etiam propter conventionem & officium, cui parere voluit, damno affici non debet. Quæ ratio generalis significatur in *d. L. 5. §. 1.* in pr. *de cond. caus. dat.* Et certe si nemini officium suum, quod eius cum quo contraxerit, non etiam sui commodi caussa susceperit, damnosum esse debet. *L. si servus*, 61. *§. quod vero, D. de furt.* Multo minus debet esse ei, si quis id officium implere ex voluntate dantis necesse habuit.

IX. Atque hæ caussæ sunt ad inhibendam repetitionem dati, quæ peculiariter locum habent in ea caussa; quæ ita secuta non est, ut nec sequi possit. Sunt, quæ proprie locum habeant in ea caussa,

a) *L. 1. C. Th. de sponsal.* Item si nuptiæ ob mortem alterutrius non sequutæ, dimidia pars a sponso eiusve heredibus non revocatur, si osculum intervenerit *L. 16. C. de don. an. nupt. d. L. C. Th. de sponsal.* vid. Goth. *in not. d. L. n. 16.* Gomez. *in L. Tauri* 50. *& 3. seqq.* Ant. Guib. *de Sponsal. Cap. de Effectu sponsal. cir. fi.* Constant. Roger. *de Dote Q. 19. n. 16. & seq.* Io. Frid. Sol. *Tr. de Bon. const. matrimon. acquis. Q. 8.*

ſa, quæ adhuc pendet, & ſequi poteſt: valentque ad inhibendam pœnitentiam & ex pœnitentia revocationem dati rebus integris, ſeu quamdiu pendet; an cauſſa ſequatur, necne. Hæ cauſſæ ſummæ duæ ſunt; Obligatio dantis, & Cœpta ab accipiente cauſſæ impletio, quam illi omittere ſine iniuria integrum non ſit.

X. Obligatio dantis repetitionem eius ex pœnitentia ſummovens duplex eſt.

XI. Una eſt, cum is obligatus fuit ad dandum id, quod prius dedit, ita ut ab eo ultro peti poſſet, ſi non daret. Nam quod adverſarius ab eo petere potuit, multo magis ab eo datum potuit adverſarius retinere, ut proinde merito repetenti obſtet exceptio doli mali. Accidit hoc cum quid datum eſt in iis contractibus, qui ſolo conſenſu pariunt obligationem, qui iidem transeunt in proprium nomen contractus, ut emptione venditione, locatione conductione, & ſimilibus, de quibus ſupra diximus. Sit exempli gratia emptio & venditio. Vendidi tibi fundum certo pretio, & tradidi, nempe ob cauſſam, ut mihi pretium dares. Sic enim loquitur Paulus in *L. naturalis*, 5. in pr. 1. *resp. D. de præscr. verb.* Tu autem pretium ceſſas dare non caſu, ſed forte pervicacia. Sic tamen ius eſt, ut placeat me fundum tibi datum repetere non poſſe: denique actionem mihi pretii, non eorum quæ dedi, 3) repetitionem competere. *L. ſi donationis*, *C. de contr. empt. L. incivile*, *C. de rei vind.* Cur hoc potius in emptione, & ſimilibus contractibus, quam in iis, qui in aliud nomen contractus non tranſeunt, ut permutatione? Quia in emptione & venditione, de qua propoſuimus, qui fundum venditum tradit, etiam eum ſine traditione debuit, habetque emptor ad id conſequendum ultro actionem ex empto *L. ex empto*, 15. *D. de act. empt.* Venditum & nondum traditum ſi emptor ultro petere potuit, multo magis a venditore traditum potuit retinere iuxta regulam iuris, Cui damus actionem ad aliquid exigendum, multo magis ei exceptionem ad id retinendum competere quis dixerit. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.* Non mirum, ſi aliud placuit in iis contractibus, qui conſenſu obligationem non pariunt, qui idem non tranſeunt in aliud nomen contractus, qualis eſt permutatio, quæ ex re tradita initium obligationi præbet. *L. 1. D. de rer. permut. L. ex placito, C. eod.* (Conſtat enim ſi hac cauſſa dem tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des, licere mihi Stichum repetere ex pœnitentia tanquam ob cauſſam datum cauſſa non ſecuta. *L. naturalis 1. resp. D. de præſcr. verb.*) Non mirum hoc, inquam. Nam ex hoc genere qui dedit alii, & necdum quidquam ab eo accepit, nullo modo adverſario obligatur ad dandum quod dedit, eoque nec ad datum relinquendum quaſi prius debuiſſet, ut ante oſtendimus. Hinc notandum eſt, quoties dedi tibi quid ob cauſſam, ut dares, aut faceres, & quæritur, an mihi qui dedi, liceat datum repetere ex pœnitentia cauſſa non ſecuta; in primis animadverti debere, quo ex genere contractus quid datum ſit: ut ſi ex eo, qui ſolo conſenſu obligationem parit, ceſſet repetitio; ſin contra, locus ſit repetitioni ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta. Quod & feciſse Paulum licet obſervare in *L. naturalis*, tota, *D. de præſ. ver.* Et ex ſuperiore diſtinctione de hac repetitione dati ſtatuiſse.

XII. Altera obligatio dantis idem efficiens eſt, cum is obligatus eſt ad cauſſam implendam aut promovendam, quam ex pœnitentia impedire cogitat. Non enim recte conetur infirmare, quod ipſe ultro debeat tueri. *L. vindicantem*, *D. de evict.* Id accidit in rebus a ſponſo ſponſæ vel a ſponſa ſponſo donatis. Quod ſponſus ſponſæ donavit, ſi revocat ante nuptias, quia forte ſponſæ nuntium remittit, revocat ob cauſſam datum cauſſa non ſecuta; & revocat ex pœnitentia. Quorum utrunque ex regula communi ſuperiore illi licere diximus. Negavimus tamen ſupra eum qui ſponſalibus nuntium remiſerit, donatum alteri repetere poſſe. *L. cum veterum C. de donat. ante nupt.* Idemque placet de arrhis ſponſalitiis. *L. 3. C. de ſponſ.* Nempe ideo, quia ipſe qui cauſſam, ideſt nuptias, ſequi non vult, ex ſponſalibus obligatus eſt, ut nuptias cum ſponſa contrahat, ſi nihil aliud prohibeat. Eſt abſurdum licere ei mutare, quod promovere debuerit.

XIII. Cœpta ab accipiente cauſſæ imple-

3) Vid. *C. præced. N.* 2. Hinc & generatim donans ob cauſſam condicere nequit, quandiu donatarius poteſt & vult conditioni parere, per *L.* 3 *&* 8. *C. h. t.* quia & ſic donatum ultro peti poteſt poſt *L.* 35. *C. de don.* Et iuxta ius quoque vetus alia donationis huius ratio quam ſimplicis ob cauſſam donationis, ut A. Fab. 45 *Err. Prag.* 9. Donationi huic duplex cauſſa: Præſens una, liberalitas. Altera futura ut quid fiat vel detur viciſſim. Illa nunquam poteſt videri defecta, hæc ex voluntate pendet. Hinc ut ſi nolit parere conditioni qui accepit, condictio eſt, quia ex ſola liberalitate non erat alter donaturus: ita parato illo implere non eſt condictio, quia, pendente impedimento, ſubeſt alia cauſſa præſens, & iam implere, liberalitas. Num & exceptio in contractu favore piæ cauſſæ vel eccleſiæ inito? Neg. contra alios Covar 1. *Reſol.* 14. *n.* 15. Tiraq. *Privil. piæ cauſſæ* 133. Ant. Fab. 44. *Err. Prag.* 4.

pletio repetitionem dati ex pœnitentia dantis summovet, si cœpta impletio eiusmodi est, ut accipienti eam omittere non sit integrum sine damno & iniuria sua.

XIV. Definit autem accipienti res esse integra tribus modis: vel quia ad caussam implendam cœpit esse obligatus, vel quia quod præcipuum in re erat, illi abest, vel quia sumptus fecit necessarios ad caussam inchoandam.

XV. Qui ad causam implendam iam obligatus est, quandiu pendet an obligetur, datum ob caussam repeti non potest; quoniam qui ita obligatus est, perinde haberi debet, quasi iam implesset. Id accidit in dote sponso data, quam extraneus, qui dedit, ante nuptias contractas revocat. Videbatur hoc ei licere ex regula communi, quia datum ob causam, ut nuptiæ sequantur, revocat nuptiis nondum secutis ex pœnitentia quam danti concessimus. Negat tamen Neratius in specie proposita dotem repeti posse 4 quandiu nuptiæ sequi possunt. *L. quod Servius, D. de cond. caus. dat.* Quæritur ratio huius sententiæ. Hæc est, quod etsi sponsus nondum contraxit cum sponsa nuptias, ob quam caussam pecuniam acceperat, tamen in ea caussa est ex sponsalibus ut contrahere necesse habeat, sponsa postulante. Non adstringitur quidem vinculo pœnæ ad matrimonium contrahendum legibus Romanorum. *L. Titia*, in pr. *D. de verb. obl.* At non eo minus ex officio viri boni sua promissione ita obligatur, ut propemodum sit infame non præstare fidem in re tam religiosa. Porro qui quid facere aut præstare alicui debet, quo facto actionem vel exceptionem adversus alium habere incipiat, si ad id præstandum cœperit esse obligatus, fecisse iam & præstitisse videtur. *L. si quis mandatu*, 28. *D. de neg. gest.* Itaque non tantum in dote data idem dicimus favore dotis, ut vulgo existimatur; sed etiam generaliter in omnibus quæ ob caussam data sunt, si ei qui accepit, res eo devenit, ut necesse habeat facere quod promisit. *L. si pecuniam*, 5. 1. *resp. D. de cond. cau. dat.*

XVI. Definit & tum accipienti res esse integra, cum quod præcipuum in re erat, illi iam abest. Quamobrem & tum ab eo repeti datum non potest, quasi re secuta, si per eum non stet, quominus quod reliquum est ad fidem implendam, impleatur. Id accidit in causa ab advocato suscepta. In huius quidem persona de honorario quod illi datum est ut causam ageret, ita ius est, ut si per eum stetit quominus ageret, honorarium reddere debeat. *L. ult. C. de cond. ob caus.* si non stetit, cesset repetitio. *L. qui operas*, 38. in fin. *D. loc. L.* 1. §. *in honorariis*, *D. de extraord. cognit.* Usque adeo, ut quanvis morte eius id acciderit, placeat tamen salarium auferri non posse ne eius quidem heredibus. *d. L.* 1. §. *Divus*, *de extraord. cognit.* ut sic efficiatur quocumque casu factum sit ne advocatus causam ageret, pecuniam advocationis causa datam repeti non posse. Quam sententiam esse diximus *L. pen. C. de cond. ob caus. dat.* Cur hoc in advocato placuit præter regulam communem datorum ob causam? Non dubium, quin ideo, quia opera advocati promissa in causa suscepta eiusmodi est, ut statim ab initio magna ex parte ab illo impendatur, & quidem præcipua. Ut sic quoque causa videatur ab illo iam inde impleta. Nam ab initio cœpit causam cognoscere, in eam inquirere, & cogitatione incumbere in eas res, quæ ad vincendam causam pertinebant, ut se præmuniret, seque compararet ad causam suo tempore agendam. Vel hæc ipsa opera per se digna est eo salario, quod datum est. Si non absolute; at certe digna, quæ hactenus illi prosit, ne datum aliter repetatur, quam si per eum steterit, quominus quod reliquum erat, impleret. Singulare hoc ius est in advocatis, qui pecuniam sine locatione accipiunt ad operam præstandam: quod proinde ad alios qui quid acceperunt ob causam, si causa secuta non sit, transferri non debet. Quod ni proprium ius esset in advocatis, non recte conferretur definitio in advocatos, quæ ad omnes, qui quid ob causam accepissent, pertineret. Sed & in cæteris, quicquid accipiunt ad operam sine locatione præstandam, non idem ius esse declaratur aperte in *L.* 5. in pr. *D. de cond. caus. dat.* in persona eius, cui pecunia data est ut Capuam iret. In qua specie placet quanvis is paratus sit proficisci, tamen rebus integris posse dantem ex pœnitentia repetere quod dedit: quia non fuit id factum quod locari soleret. Diversa sane causa est, si intercessit locatio, seu si quis operas suas locavit, & aliquid accepit, ut operam præstaret in aliquod tempus. Quandiu per hunc non stabit, quominus operam præstet, dicemus pecuniam ab eo repeti non posse. Quippe quem placeat supra scripta conditione etiam

4) Vide Bald. *Novell. Tr. de Dote P.* 6. *Privileg.* 51.

iam si nondum mercedem accepisset totius illius temporis, tamen accipere debere, in eamque rem habere actionem ex locato. *L. sed addes*, 19. *§. ult. d. L. qui operas*, 38. in pr. *D. loc.* Et iam dixi eum, qui ad aliquid præstandum semel obligatus est, non posse ex pœnitentia renuntiare constitutæ obligationi. *L. sicut, C. de obl. & act.* Quod si rebus integris facere non potest, multo minus tum poterit, cum etiam ultro impleverit, quod promiserat.

XVII. Postremo etiam tunc accipienti res desinit esse integra, cum is dum se ad caussam implendam parat, comparavit ad eam rem res necessarias, & sumptus fecit, ut iam sine damno reddere datum non possit. Iam ante diximus eum qui quid accepit, ut faceret, propter fidem susceptam damno affici non debere. Ideo & quantum id erit, quod in hac re impendit, placuit tanto minus ab eo repeti posse. Qui locus explicatur pluribus in *d. L.* 5. in pr. & *§.* 1. *D. de cond. caus. dat.*

C A P. X X I V.

Repetitionem ob caussam dati ex obligatione esse: obligationem ex contractu, & ex genere earum quæ re contrahuntur. Hinc condictio ob caussam dati caussa non secuta. Cui hæc detur: Adversus quem: Quid in eam veniat.

Rerum nexus atque ordo. I.
Repetitio dati ob caussam est ex obligatione. II. IV.
Exceptio duplex, & quæ. III.
Obligatio ex re, sive datione. V.
An etiam ex contractu. Quæstionis utilitas. VI.
Obligationem hanc ex contractu esse, non aliunde. VII. VIII. IX.
Contrariis occurritur. X. XI. XII.
Rerum summa, & collectio. XIII.
De condictione ob caussam eadem fere, quæ de condictione indebiti quæri solere; illinc ista petenda. XIV.
Unum dissimile; & quid illud. Dissimilitudinis caussa. XV.

I. His caussis exceptis manet repetitio ob caussam dati ea, quam supra posuimus, ut scilicet datum ob caussam non inbonestam possit repeti, sive caussa secuta non sit quovis modo, sive sit secuta contra voluntatem & pœnitentiam dantis. Repetitione constituta, deinceps videamus, qua ex caussa sit hæc quoque repetitio, quando iure nulla actio, nulla obligatio est, nisi ex certis & constitutis caussis, & hoc genus inter eas obligationes posuimus, quæ re contrahuntur; de quo ambigitur.

II. Nos vero de hac repetitione idem plane statuimus quod de repetitione indebiti, & quidem certius; repetitionem ex obligatione esse, obligationem ex contractu esse, & ex genere earum, quæ re contrahuntur. Repetitio ob caussam dati similiter ut indebiti, non nascitur nobis iure dominii, ut qui dando, id est dominium transferendo in accipientem, desierimus esse domini (de quo satis in indebiti obligatione, qua obstringitur is qui datum accepit, ut reddat, causa non secuta).

III. Duas species exceptas video, in quibus cum detur condictio adversus accipientem tanquam adversus obligatum, placet etiam danti utilem in rem actionem esse. Quam quidem iure dominii competere, nec dari adversus eum qui nobis obligatus sit, constat, *§.* 1. *Inst. de act.* Species hæ sunt; una, cum quis quid donavit ea lege, ut donatarius certa ei alimenta præberet, nec præbuit: de qua in *L.* 1. *C. de donat. quæ sub mod.* Altera, cum sponsus sponsæ, aut sponsa sponso quid donavit, & eius qui accepit, culpa factum est, ne sequerentur nuptiæ. De quo in *L. cum veterum, C. de don. ante nupt.* Sed utrumque de rei vindicatione utili cautum singulari iure. Prius favore alimentorum; posterius pœnæ caussa eius, qui fidem rupit in sponsalibus. Aliis in caussis ob rem dati repetendi caussa utilem illam actionem in rem dari non legimus.

IV. Ex quo sola relinquitur repetitio, quæ inducatur obligationis iure adversus eum, qui ad reddendum quod accepit, sit obligatus. Obligationem indicat condictio, quæ huius dati nomine datur, quæ dici-

dicitur *condictio ob caussam datorum*, *seu condictio caussa data, caussa non secuta*. *L*. 1. 2. 3 Et in inscriptione. *C. de cond. ob cau*. Toto Titulo *D. de cond. caus. dat*. Condictio est actio in personam. Omnis autem in personam actio adversus eum, qui est nobis obligatus. *L. actionum*, *D. de obl. & act*.

V. Quod si hic obligatio est: ex re est omnino, non ex consensu solo, similiter ut indebiti; de qua in §. *is quoque*, *Inst. quib. mod. re contr. obl*. Ideo enim dati repetitio & obligatio dicitur, ut intelligatur nisi de eo quod datum est, obligationem non esse. Quod tum magis intelligitur, cum dicitur obligatio esse ut reddatur ob caussam datum: quam ad rem repetitio dati competit. Nunquam enim restitutio aut repetitio esse potest, nisi eius quod prius acceptum fuerit: nec acceptum, nisi quod prius datum erat. Definivimus autem toties obligationem ex re nasci, quoties res tradita initium obligationi præbet. Ac de his non magis dubitari potest, aut solet, quam in repetitione Indebiti.

VI. Communis dubitatio est, an sit hæc quoque obligatio ex contractu, necne. Quam utiliter vel potius necessario id quæratur, ex rationibus subiectis apparebit. Nunc hoc agamus, sitne ex contractu, an secus.

VII. Nos vero certius dixerimus ex contractu esse, quam repetitionem indebiti, cum adiectio caussæ propemodum aperte hoc efficere videatur, ut, caussa non secuta, sit repetitio. Et ita res habet, eodemque & communi argumento efficitur. Omnis obligatio quæ petitionem parit, si est ex conventione, est ex contractu. Est enim contractus, conventio iure ad obligationem comprobata, ut supra definivimus. Obligatio autem ob caussam dati, ut certo iure repetitionem habet, ita est & ex conventione dantis & accipientis. Est igitur ex contractu. Ex conventione esse, certis rationibus & auctoritate veterum confirmatur. Argumenta hæc sunt. Nunquam numeratio aut traditio alicuius rei accipientem obligat, nisi hoc ipsum agitur, ut confestim obligetur. *L. non omnis*, *D. si cert. pet*. At numeratione & traditione eius, quod datur ob caussam, obligatur is qui accepit, ut reddat si caussa secuta non sit; de quo convenit. Quare & hoc ipsum inter dantem accipientemque agi intelligitur. Agi autem inter aliquos nihil aliud est, quam convenire tacite inter aliquos, ut quid fiat; & quod ita agitur, pro cauto habendum est. *L*. 3. *D. si cert. pet*. Est igitur hæc obligatio ex conventione: proinde ex contractu.

VIII. Eiusdem rei argumentum hoc est; cum pater aut extraneus dat dotem sponso pro muliere, in quem casum non pepigit sibi dotem reddi vel non secutis nuptiis, vel soluto matrimonio, in eum casum dotis actionem non habet, sed mulier. *L. si non dotem*, 22. in pr. *D. sol. matr*. At qui ita dotem dedit simpliciter, is ad dotem repetendam actionem habet, non secutis nuptiis, tantum ideo, quia dos ob caussam data est, ut nuptiæ sequerentur. *L. si extraneus*, *D. de cond. caus. dat*. Proinde in eum quoque casum pepigisse intelligitur, ut sibi redderetur nuptiis non secutis, id est caussa non secuta. Atque hæ rationes satis ostendunt quod ante attigi, quam sit non dico utile, sed necesse ad rationem iuris intelligi obligationem ob causam dati reddendi ex conventione esse & contractu: postquam nisi hoc statuimus, obligatio hic nulla futura est, quam tamen esse volumus; aut si erit aliqua, saltem in ea specie, quam modo retulimus, necesse erit repetitionem mulieri dari, non extraneo, qui dotem dedit.

IX. Postremo si auctoritas veterum quæritur, hæc sententia prope diserte ab his expressa est. Ulpianus in *d. L. si extraneus*, *de cond. caus. dat*. scribit eum, qui sponso dotem dedit pro muliere ante nuptias, id est ob causam ut nuptiæ sequerentur, verisimile esse sibi prospexisse in eum casum, quo nuptiæ secutæ non essent. Prospicere sibi in re aliqua cum alio gerenda est utiliter convenire, ut quid fiat, unde scilicet paciscenti sit actio. Quod fit vel stipulatione vel pacto in traditione rei nostræ interposito. *L. divisionis*, *L. in traditionibus*, *D. de pact*. Sic dicitur actor in transactione sibi stipulatione prospexisse: in *L. cum proponas inter*, *C. de transact*. Sic donator donasse certa lege, & huic rei stipulatione vel in continenti habito pacto prospexisse in *L. cum res*, *C. de donat*. Et vis verbi indicat, *prospicere* sibi idem esse, quod sibi cavere. Cavere autem nobis similiter dicimur conventione utili cavere. *L*. 3. in pr. *D. de transact*. Paulus in *L. senatus*, §. 1. *D. de mort. caus. donat*. scribit quod datur causa mortis, ob rem & causam futuram dari: cum autem qui donat, quatenus se cogitat, id est quatenus se habere mavult quam donatarium, eatenus negotium gerere, & ex hoc negotio gesto esse condictionem ob

ob caussam dati, caussa non secuta. Dixi supra cum de obligatione indebiti agerem, negotium geri inter aliquos in usu iuris diei, cum aliquid tibi do vel facio hac lege & conventione, ut vicissim quid des aut facias. *L. solent*, *D. de præscr. verb.* Est igitur repetitio ob caussam dati illorum sententia ex conventione & negotio gesto, & breviter ex contractu, ubi conventio comprobatur lege ad obligationem. Huc accedit collocatio huius condictionis, quam in *D.* & *C.* relatam videmus inter eos contractus qui re perficiuntur, ut condictionem indebiti.

X. Sed utcumque ita senserint veteres plerique, merito tamen quæritur, an recte ita senserint. Quæritur enim, ubi sit illa conventio, quæ nusquam hic apparet. Et vero duo sunt, quæ videantur hic conventionem eoque & contractum removere. Primum verba negotii gesti. Cum enim do tibi ob caussam, ut des aut facias, puta do Stichum, ut Pamphilum des, ut manumittas, in hoc negotio duæ sunt partes; una qua tibi do: altera, qua convenit, ut des aut facias. Qua parte tibi do, nihil minus convenit, quam ut reddas quod accepisti. Do enim, ut res tua fiat: si quidem dare est dominium transferre. *§. sic itaque Inst. de act.* Porro quod cuiusque esse cœpit, sine facto eius ad alium transire non potest. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* Rursum qua parte convenit, ut dares aut faceres, aperte in eo nihil convenit de eo, quod datum est, multoque minus de eo reddendo. Aliud est enim quod dedi, aliud de quo convenit, ut dare aut facere deberes. Proinde hæc conventio addita non ideo repetitionem dati inducit. Eiusque rei argumentum est in emptione. Nam cum emptori fundum venditum trado, do ob caussam, ut mihi pretium det. *L. naturalis*. *§. 1. D. de præscr. verb.* & tamen si non det pretium, non ideo mihi competit dati repetitio. *L. si non donationis*, *C. de act. empt.* Quæ tamen mihi competeret, si hoc convenisset. *L. sed Celsus*, *6. §. 1. D. de contrah. empt.* Sed & illud videtur conventioni adversari, quod veteres tradiderunt hanc repetitionem esse ex æquo & bono. *L. in summa*, *65. §. quod ob rem*, *D. de cond. ind.* Nam si hæc obligatio ex contractu est, quid necesse erat hac caussa communi & nota omissa, aliam & novam dicere?

XI. De quibus dicam paucis, quia sunt hæc fere cum indebiti repetitione communia. Et de verbis fatendum est, eum do tibi, ut des quid, aut facias, in verbis nullam inesse conventionem eiusmodi, ut datum reddas, caussa non secuta, non magis quam in eo quod ab errante solvitur. Sed cessantibus verbis extra id quod principaliter & aperte agitur, inest hic quoque ut in indebito soluto tacita conventio ex sententia contrahentium, ut datum ob caussam reddatur, caussa non secuta. Intellecta est autem sententia ex sensu communi eorum, qui ob caussam aliquid dant, vel accipiunt: quorum fere ea mens est, ut caussam adiectam pro temperamento, seu pro conditione dati haberi velint. Sic enim dicunt: do, sed hoc pacto, hac lege & velut conditione, ut illud aut illud facias. Ut proinde videantur ita dedisse ut datum maneret sub conditione, si caussa secuta esset, ob quam dederint. Unde dictum, modum in testamentis qui nihil nisi caussa est, ob quam quid legatur, pro conditione esse. *L. 1. C. de his quæ sub mod.* Neque hæc solum sententia in testamentis recepta est: sed & in contractibus. Unde factum, ut caussa in hoc genere passim appelletur conditio, ut initio huius generis datorum ostendimus. *L. 3. L. si repetendi*, *C. de cond. ob caus. dat.* Quod si ob caussam datum intelligitur tacite dari sub conditione, ut maneat, si caussa sequatur: necesse est ex contrario eventu contrariam conventionem intelligi, ut si caussa non sit secuta, placeat nec datum videri, seu non ita datum, ut maneat. Vis hæc est & sententia adiectæ conditionis. *L. quibus 40. §. 2. D. de cond. & dem.* Sed hæc interpretatio, ut dixi, ex sententia tantum est, & coniectura voluntatis, ducta ex iis, quæ homines caussam & legem traditioni adiicientes cogitare solent. Unde Ulpianus in *d. L. si extraneus*, *de cond. caus. dat.* non dicit eum, qui dotem dedit, sibi prospexisse in eum casum, quo nuptiæ secutæ non essent: sed *verisimile* esse sibi prospexisse. Signi conventionem hanc in coniectura voluntatis positam esse, non in expressione aut significatione ipsa verborum. Et ideo huic coniecturæ in re dubia locus est: in voluntate certa minime. Quæ caussa est, cur in emptione & similibus contractibus, in quibus qui dedit ob caussam, prius obligatus erat ad dandum, placeat eum quod dedit, repetere non posse. Quippe aperte id actum est, ne repeteret. Nam qui prius se obligavit ad dandum, multo magis se obstrinxit ad non repetendum, si forte ad id sponte dandum processisset, ut supra diximus in caussis inhibendæ repetitionis. Hæc de verbis.

XII. Quod attinet ad illud, quod dicitur hæc repetitio esse ex æquo & bono, *d. L. in summa*, *§. quod ob rem*, *de cond. ind.* Idem plane de eo, quo de condictione indebiti respondum volumus. Repetitio ob caussam dati ex conventione est & negotio gesto, ut ostendimus. Sed ex conventione tacita. Quam ob caussam etiam dicitur ex æquo & bono esse, quia hæc ipsa conventio cum verbis non initit, sed accipiatur præter significationem omnem verborum tantum ex contrahentium sententia, benignitate interpretationis fit, id est ex æquo & bono, ut admittatur. Quod cuiusmodi esset, pluribus exposuimus in condictione indebiti. Neque vero quia hæc conventio est tacita, eo minus ad obligationem & actionem prodesse debet. Nam ut ibidem quoque diximus, non minus conventiones tacitæ valent, quam verbis expresssæ. *L.* 4. *D. de pact.* Semperque quod agitur, etiam si tacite agitur, pro cauto habendum est. *L.* 3. *D. si cert. pet.*

XIII. Quæ si ita sunt, apparet a nobis initio recte positum esse, obligationem ad datum ob caussam repetendum similiter ut repetitionem indebiti ex earum genere esse, quæ nascuntur ex contractu; & in his ex earum numero, quæ re contrahuntur. Verumtamen ita ex contractu, ut cum hic obligatio sit ex conventione, sit tamen ex conventione, quæ verbis nec exprimatur, nec includatur, ut in mutuo, deposito, commodato, & similibus, sed præter omnem significationem verborum colligatur ex sententia contraheotium per contrarium ducta, idque benignitate interpretationis, seu æquo & bono hanc significationem suggerente.

XIV. Hinc condictio ob caussam dati caussa non secuta. Quæ; Cui detur; Adversus quem; Quid petat, quam paucissimis absolvam. Sic enim statuemus omnia hic fere de his similia esse, quæ in condictione indebiti. Datur ei qui dedit ob caussam, eiusque heredibus, ut cætera actiones in personam. *L.* 2. *L.* 3. *C. de cond. ob caus.* Datur adversus eum, qui accepit, ut & similes. De quibus in *L. his solis*, 49. *D. de cond. ind. L. cum qui. L. non adversus*, *C. si cert. pet.* Pariterque in eam actionem veniunt non solum res principaliter debita eadem, quæ in indebito soluto, puta aut pecunia data, aut quæ pro data habeiur, ut decem acceptolata. *L.* 4. *L. si mulier*, *D. de condict. caus. dat.* Aut obligatio emissa. *L.* 4. *C. eod. L.* 1. *D. de cond. si caus.* Sed & eius rei accessiones ex eadem regula æquitatis. Quod declaratur in *L. qui se debere*, 7. *§. ult. L. cum quis*, 12. *D. de cond. cau. dat.*

XV. Unum dissimile est, quod & in condictione indebiti attigimus, & hic prætermittendum non fuit, positum in persona eius, qui dedit ob caussam. Nam indebitum si quis solverit alterius nomine & mandatu, condictio indebiti non solventi datur, sed domino, cuius nomine solutum est. *L. indebitum*, 47. *D. de cond. ind.* Aliud servatur in his quæ ob futuram caussam data sunt. Si quis enim quid dederit ob caussam alterius nomine & iussu, puta dotem iussu mulieris, ut scilicet nuptiæ sequantur, & nuptiæ secutæ non sint, placet hic condictionem non competere mulieri, cuius nomine dos data est, sed ei qui dedit, nisi mulieri donatum voluerit, *d. L. qui se debere*, in pr. *L. si donaturus*, 9. *D. de cond. caus. dat.* Differentiæ ratio hæc est, quod qui alterius nomine solvit, ita simpliciter solvit, ut nullo casu sibi velit esse repetitionem. Qui autem alterius nomine ob caussam dat, ideo caussam adiicit, ut velit hanc sequi, atque hac non secuta nec alterius nomine dare intelligatur. Cui consequens est, ut soli danti competat condictio, quasi qui in hunc casum suo nomine dans sibi prospicere voluerit.

CAP.

C A P. XXV.

De repetitione ob turpem caussam datorum.

Quid dissimile repetitioni datorum ob turpem caussam cum repetitione datorum ob caussam honestam. I.
Repetitio ex genere turpium unde æstimetur. II.
Cessat, quotiescunque solius dantis, aut utriusque versatur turpitudo. III.
Etiam caussa non secuta; & quare. IV.
Turpitudo dantis in eo quod quis det ut turpe aliquid fiat. Et quæ id genus turpia. V.
An eius caussa turpis, qui iudici dedit, ut æquum secundum se iudicaret. V. VI.
An & illius, qui in maleficio deprehensus dedit, ut se redimeret aut ne proderetur. VII.
Contrariis occurritur. VIII. VI.
In maleficio deprehensus solam habet actionem: quod metus caussa *ad dati repetitionem. Quid hoc intersit.* IX.
Cum solius accipientis in re turpitudo versatur, competit repetitio; & quare. X.
Huius turpitudo in quo posita. XI.
An & in eo quod quis accipit furis indicandi caussa. XII.
Obligatio datorum sive ob turpem, sive honestam caussam; & obligationis origo eadem. XIII.
Caussæ tractatio in qua utriusque turpitudo versatur, quare prætermissa. Quid de scorto, eiusque turpitudine. XIV.

I. AC de repetitione eorum, quæ ob caussam futuram non inhonestam data sunt, satis. Habent & ea quæ ob [1] turpem caussam data sunt, suam repetitionem: sed conditione longe dissimili. Nam in prioribus pendet repetitio ex eo, an caussa secuta sit, necne: unde evenit, ut eadem species admittere possit repetitionem & repudiare. Quoniam caussa sequi potest, & non sequi. Nihil eiusmodi in iis quæ ob turpem caussam dantur. In quibus ita ius est, ut si quibus in caussis in alterum casum semel repetitio non est, in his non sit in totum, sive caussa secuta sit, sive non sit. Contra in quibus semel repetitio admitti cœpit, quia forte caussa secuta non est; in his in totum sit repetitio, sive caussa secuta non sit, sive sit secuta.

II. Pendet repetitio ex hoc genere ex turpitudine personarum dantis aut accipientis. In quo hæc brevis summa & distinctio iuris est, ut si dantis turpitudo versetur, nunquam sit repetitio: si accipientis, semper. Utrumque quale sit, videamus.

III. Hoc igitur primum dicimus Ita ius esse, si [2] dantis turpitudo sit caussa, cessare dati repetitionem. Si dantis [3] solius, nulla dubitatio. *L. 4. §. si meretrici, D. de cond. caus. dat.* Sed etsi dantis [4] simul & accipientis turpitudo versetur, idem iuris est. *L. 3. D. eod. L. mercedem, C. eod.* Neque hic quidquam actori proderit accipientis turpitudo: ut dicatur & ipsum dolo facere, qui velit rem maleficio partam sibi retinere. Nam cum [5] par sit turpitudo in actore, fit hic locus regulæ iuris, qua placet in pari caussa potiorem esse possessorem. *L. pen. D. de cond. ob turp. caus. L. 2. C. eod. L. in pari, D. de reg iur.* Generaliter autem dictum est hoc casu repetitionem cessare: ut intelligamus cessare omni modo, sive caussa secuta sit, sive non sit. Ut puta, dedi iudici pecuniam, ut male iudicaret. Non repetam omnino, sive fecit, quod volui, id est male iudicavit: sive contra, quia aut non iudicavit omnino, aut bene iudicavit.

IV. Et quidem hoc casu extra controversiam est, quod dicitur caussa secuta repeti-

1) Vid. de hac condictione Duar. ad *h. t. D & C.* Covar in *C. peccatum de R. I. in 6. P. 2. Relect. §. 2. & 3.*

2) Turpitudinem turpem caussam trium generum statuit Duar. *h. t. C. 1.* accipientis tantum, utriusque dantis tantum.

3) Quod 3. genus turpitudinis facit Duar. *h. t. C. 4.*

4) Quod a Duareno statuitur 2. genus turpitudinis *h. t. C 3.*

5) Atqui res lusu perditæ repeti possunt intra 50. annos *L. ult. C. de aleat.* Mozz. *de Cond. indeb. C. 6. n. 4.* ubi itidem turpitudo utriusque vertitur, licet non datum sit ob caussam futuram. Valet tamen consuetudo, qua ludo vincens ad restitutionem non tenetur, maxime si ludi genus non sit omni iure prohibitum & dolus absit. Tueri enim videtur ludum æqua lusorum conditio & dubius victoriæ eventus, arg. *L. 1 C de pact.* Ruin. Cons. 3. *Indagat. 11.* Quin nec in foro animi ad restitutionem teneri vult Io. Gutierez. *de iuram. confirmat. P. 1. C. 53. n. 2.* fuse & pulchre de ludis licitis & illicitis Andr Rauchb. *P. 2. Q. 25.* add. Io. Bapt. Pius *Annot. poster. C. 72.*

petitionem turpiter dati non esse. Est enim ex regula communi ob caussam datorum, qua placet etiam quod honeste datum est, causa secuta repeti non posse. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* ut minus mirum sit idem ius adversus eum qui turpiter dedit, servari. At illud contra regulam communem, ut videtur, quod placet etiam causa non secuta cessare turpiter dati repetitionem. Sic enim regula est, quod ob caussam datum est, causa non secuta repeti posse. *L. si militem, C. de cond. ob caus.* Ideo merito quæritur, cur hic non idem servemus. Cuius rei duplex causa est, primum quia est etiam ex iure communi datorum ob causam id statui. Non enim simpliciter dictum est, quod ob caussam datum est, causa non secuta repeti posse: sed si quid datum est ob causam non impossibilem. Si ob impossibilem, contra esse. *L. dictam, C. de cond. ob caus.* Atqui huiusmodi causa est ea, quæ est turpis: quandoquidem ut in superiore condictione diximus, quæ facta turpia sunt, & contra bonos mores, ea nec nos facere posse credendum est *L. filius, D. de cond. inst.* Tum autem hoc æquitas suadet, & utilitas publica, ut si is qui accepit, ut turpiter quid faceret, causa secuta datum non reddit: multo minus reddere debeat, cum illud non admisit. Laudandus est enim potius, quod a maleficio temperavit, & tanto magis præmio dignus. *L. reprehendenda, C. de inst. & substitut.*

V. Videndum, quando dantis turpitudo versetur. Sic definiemus, tunc dantis turpem causam esse, quoties dedit, ut turpe aliquid fieret. Veluti si dederit, ut fieret furtum, lenocinium, si mulieri ob stuprum, si iudici ut male iudicaret. *L.* 3. *L.* 4. in pr. *D. de cond. ob turp. caus. L. mercalem, C. eod.* Turpe hoc ita dari, primum quia facere videtur, quæ fieri mandat. *L.* 1. *§. ait.* vers. *deiecisse, D. unde vi.* Deinde quia omnis est conventio & datio turpis, ac contra bonos mores, quæ præmio proposito invitat ad delinquendum. *L. illud, D. de pact. dot.* Ac quæ turpiter ita dentur, cæteris in factis non est obscurum. Duæ species factorum hic occurrunt, quæ luctam dubitationem habent, an ad superiorem definitionem pertineant; ut etiam in his quanvis causa non secuta cesset dati repetitio. De quibus ideo amplius nobis cognoscendum est. Una species est hæc, si dedi iudici, ut secundum me in bona causa iudicaret. In qua specie prima fronte dici potest, nullam turpitudinem dantis versari, eoque & caussa non secuta repetitioni locum esse. Quid enim facit turpe, qui id agit, ut secundum se in bona caussa iudicetur? quod fieri non modo turpe non est, sed est etiam honestum, & tale quod ius etiam a iudice exigat. *Inst. de off. iud.* in pr.

VI. Sed & videri potest Ulpianus concedere in hac specie dati repetitionem in [6] *L.* 2. in fin. *D. de cond. ob turp. caus.* Ubi is scribit relatum esse, puta apud quosdam scriptores, in hac specie condictioni locum esse; neque id aperte negat postea, ut videatur in eadem sententia manere. Sed non alius locus proferri potuit apertior, quo probetur, & hic dantis turpitudinem versari, & simul cessare repetitionem, quam superior ille Ulpiani. Sic enim verba sunt: *Sed si dedi, ut secundum me in bona caussa index pronuntiaret, est quidem relatum, condictioni locum esse. Sed hic quoque crimen contrahit; iudicem enim corrumpere videtur. Et non ita pridem Imperator noster constituit, litem eum perdere.* Multa sunt argumenta in hac oratione, quæ evidenter ostendunt priorem sententiam improbari, & hic quoque denegari repetitionem. Primum expendendum, in his verbis, sed hic quoque, esse adversativam orationem, subiecta hac particula *sed*. Adversativæ orationis vis & significatio hæc est, ut semper tollat, quod præcessit: nam alioqui præcedentibus subserviret, non adversaretur. Iam illud, quod de re dicit Ulpianus, quale est? *Sed hic quoque*, inquit,

6) Menoch. *Arb. Ca.* 343. *n.* 7. forte in *d. L.* 2. deesse negationem ut legatur *locum non esse*, quia aliat verba, *sed hic &c.* non aperte adversarentur prioribus. Sed recte noster, & facit vocula *quidem* IC. quamvis aliqui velint hic condictionem dari; tamen tantum id abest; ut etiam caussa perdatur. Covar *in C. peccatum de R. I. in 6. P.* 2. *Relect* §. 3. *n.* 1. tunc cum perditur caussa simol negari condictionem, ut si quis dederit ut secundum se sententiam ferat, qui forte secundum conscientiam & iudicii dictamen aliud pronunciaturus. Quod si detur ut celerius caussa expediatur, crimen corruptionis non committi, & nec caussam perdi, nec condictionem negari: & Menoch. *d. lo. n.* 8. *per C. sane* 14. *Q.* 5. Vasq 3. *Contr. usu freq.* 37. *n* 34. *& seqq.* sententiam iudicis, pretio accepto, sive ut iniuste sive simpliciter ut iudicet, semper nullam esse; utpote a corrupto prolatam, cum gratis debeat officium impertiri. Indistincte quoque perdi caussam, tametsi si detur ut iuste iudicet, condictio sit *d. L.* 2. §. 1. Et ita Vasquezius putat *v. sed hic*, priora non corrigere, (uti & Duar. *h. t. C.* 3.) quia, inquit, caussa dandi est honesta, tametsi receptio sit inhonesta & ita turpitudo ex parte accipientis. Ipsa quoque datio inhonesta ac res mali exempli. Ideo caussæ amissione punitur, non autem eius quod datum est. Sed non recte distingui puto dationem & caussam dandi, quia omnis delicti caussa turpis in faciente. Si vero dederit pergit Vasquezius corrumpendi gratia, datum non condici, sed a fisco auferri *L. Lucius* 9. *de I. fisci.* Itemque non condici simpliciter datum, non expresso eo ut secundum se iudicetur *L.* 1. *C. de pæn. iud. qui mal. iud.* Quid iuris in teste qui pecuniam accepit, Vasq. *d. C.* 37. *n.* 37. *& seqq.* Menoch. *Cas.* 310.

quit, *crimen contrahit*. Potuitne apertius dicere hunc turpiter dare, seu eius turpitudinem in hac datione versari, quam cum dicit, eum dando etiam crimen contrahere? At quale crimen? Id nimirum, cuius gravitatem arguit ex ea pœna, quæ huic facto indicta est ab Imperatore Alexandro. Is enim constituit, eum qui id fecisset, litem perdere. Grave igitur id delictum iudicatum esse apparet, cui hæc pœna infligitur, ut qui admisit, etiam in bona caussa litis damno afficiatur: qua pœna in re pecuniaria nulla maior reperiri potest. Hoc vero posito, etiam eius turpem caussam esse, qui dedit iudici, ut secundum se in bona caussa pronuntiaretur, factum incipit ad regulam communem iuris pertinere, qua efficitur, ut cum dantis turpitudo versatur, cesset repetitio. *L.* 4. *§. sed quod, D. de cond. ob turp. cauf.* Idque est quod, adversativa oratione subiecta, significare voluit Ulpianus, dum id mutat quod prius dictum erat, condictioni locum esse. Atenim non aperte dicit Ulpianus, in hac specie cessare repetitionem. Sane conceptis verbis id non exprimit: sed quid refert si aliis verbis non minus aperte id significat? Is adversativa oratione mutat, quod prius retulerat. Negat igitur prius illud, repetitioni locum esse. Deinde delictum dantis in hac specie statuit. Satis est caussam denegandæ repetitionis potuisse, ut ex caussa effectum colligamus, nempe repetitionis denegationem. Sed quid turpe facit, qui iudici dedit, ut secundum se in bona caussa iudicetur? Respondet Ulpianus, *iudicem corrumpere videtur*. Et recte. Iudicem enim sibi obstringit, ut secundum se iudicet, sive bona caussa sit, sive mala, ne is contra iudicando aut pecuniam reddere cogatur, aut pecuniam retinens vanus habeatur secus iudicans, quam erat pollicitus. Tum autem cur si litigatoris bona caussa est, non potius iudici permittitur libera potestas de eo statuendi, quam illi obiicitur munus iudicandi caussa? quod non alio potest spectare, quam ut iudex corrumpatur, ut quanvis caussa mala sit, tamen velit in ea litigatori gratificari. Nihil ad rem pertinet, quod litigator caussam suam bonam esse dicit. Fieri enim potest ut mentiatur, & ita mentiendo honestum nomen & latebram quæsierit improbitati, & corruptioni suæ. Et cur ei in re sua fides habeatur.

VII. Altera species eandem dubitationem recipit, non quia ignoretur quid de ea veteres senserint, sed quia hoc dubitetur, quam recte senserint, putaverintque ad superiorem definitionem pertinere. Ea est, cum quis in maleficio, puta furto, aut adulterio deprehensus, pecuniam dedit ut se redimeret, neve prodatur. In hac quidem specie constans veterum sententia est, etiam dantis turpitudinem versari, ac proinde cessare repetitionem. *L.* 4. in pr. & *§.* 1. *D. de cond. ob turp. cauf.*

VIII. Sed hoc quæritur, quam statuatur recte. Non pauca enim sunt, quæ videantur efficere, nihil turpe facere eum, qui det ne prodatur, eoque si prodatur, non iuste ei repetitionem denegari. In quo argumenta hæc sunt tria. Primum constat nihil turpe facere eum, qui vitam & sanguinem suum quoquo modo servare voluit: & ut Cicero loquitur in oratione pro Milone, *adversus vim & insidias omnis est honesta ratio expediendæ salutis*. At qui deprehensus dedit, ne proderetur, vitam & salutem suam servare voluit, id metuens, ne occideretur, aut turpiter verberaretur, quanvis iniuria. Nihil igitur is turpe facere videtur, qui ad hoc periculum vitandum & vitam suam servandam aliquid dedit. Secundum argumentum esto, quod traditur in *L.* 1. *D.* de bon. eor. qui ante sent. *ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit*. Ignoscatur igitur & illi in hac specie, ut si prodatur, sit repetitio, ne delusus pecuniam amittat. Postremo sic recte definimus, eum turpiter dare, qui dando invitat alium ad delinquendum, nec alium dicendum esse dare turpiter. At cum dat quis deprehensus, ne prodatur, non invitat accipientem ad aliquod delictum admittendum. Non enim turpe est aut contra ius aliquem non prodere. Argumento est ius constitutum, quo placet neminem agere, aut alium accusare cogi. *C. ut nem. invit. ager. vel accus. cog.* Quæ diluenda sunt. Ac primum quod dicitur omnem rationem honestam esse expediendæ salutis, sic intelligendum est, dum ne modus ipse expediendi delictum in se habeat. Ut puta adversus vim & insidias omnis iusta defensio est, qua vim propulses, ac de hac defensione loquitur Cicero. At dare pecuniam ne prodaris deprehensus in maleficio, id vero delictum in se habet: atque hinc dantis turpitudo: de quo mox. Quod autem dicitur ignoscendum esse ei, qui quanvis adversarium corrumpat, qualiter qualiter sanguinem suum redemptum voluit: vel ipsum *ignoscendi* verbum satis declarat, delinquere eum qui id faciat quantumvis faciat sanguinis sui redimendi

di caussa. Ignoscere enim est veniam dare. Hæc datur delinquentibus: qui non deliquerunt, venia non indigent. Postremo quod dicitur eius demum dantis turpem esse caussam, qui dat, ut turpe aliquid admittatur, verissime puto dici. Quod autem assumitur, nihil turpe admittere eum, qui accipit, ne maleficium prodat: verum non est. Non est quidem per se turpe maleficium non prodere, ubi pro tua libertate id facias. At hoc turpe est pecuniam ea gratia accipere, ubi fidem tuam interponas, ac veluti te obliges, ne prodas. Turpitudo in eo, quod eo facto data opera utilitas publica oppugnatur. Nam cum ad eam pertinere existimetur, delicta nocentium publice nota esse, ne sint impunita: *L. eum qui*, 18. *D. de iniur. L. ita vulneratus*, 51. circa fin. *D. ad leg. Aquil.* Aperte adversus eam se comparat, qui pretio maleficii silentium pollicetur: proinde & qui redimit.

IX. Monendi tamen sumus, etsi is, qui in furto aut adulterio deprehensus dedit, ut se redimeret, condictionem datorum non habet, habere tamen eo nomine actionem, [7] *Quod metus caussa*; quoniam metuerit mortem aut vincula, qui quanvis non semper occidi possit, potuerit tamen iniuria. Hoc in *L. nec timorem*. 7. *D. quod met. caus.* Ergo, dicet aliquis, otiosum est adhuc denegare condictionem ob caussam dati caussa non secuta. Quid enim refert, quam actionem habeat ad datum repetendum is, qui dedit, dummodo aliquam habeat. Minime vero id moneri est otiosum. Non enim qui deprehensi in maleficio, dant ne prodantur, semper habent actionem quod metus caussa. Quid enim si deprehensi sint ab infirmo, aut adolescentulo, aut muliercula, cuius vim metuere non potuerunt? quid si deprehensi evaserint, deinde post, cum essent extra periculum præsens, dederunt ei qui deprehenderat, ne proderet? quibus casibus cum præsens periculi metus non fuerit, certum est cessare quod metus caussa actionem. *L. metum*, 9. in pr. *D. quod met. caus.* Hic vero utile erit cum actionem quod metus caussa his ademerimus, sciri etiam denegari repetitionem ob caussam dati caussa non secuta; ut intelligamus nullam omnino his casibus esse repetitionem.

X. Hæc de eo genere ob turpem caussam dati, in quo dantis turpitudo versatur. Quod si accipientis [8] solius turpis caussa fuerit, hic ius de repetitione in contrarium vertitur. Placet enim omnimodo, id est etiam si caussa secuta sit, datum repeti posse. *L.* 1. in fin. *D. de cond. ob turp. caus.* Ut puta; dedi tibi, ne mihi quid eriperes. Repetam a te sine dubio, si eripueris; quia caussa secuta non est, ob quam pecunia data erat. Id enim fieret, etsi ob caussam non inhonestam tibi dedissem, ubi tamen nulla turpitudo tibi obstaret. Sed dicimus amplius, etsi nihil eripueris, ut convenerat, atque ita legi dictæ parueris, nihilominus fore dati repetitionem. Quod cur hoc casu placet, merito quæritur. Primum quia est præter regulam communem de repetitione ob caussam datorum, qua traditur ob caussam datum caussa recte secuta repeti non posse. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Deinde quia quoties solius accipientis turpis caussa est, ita reperietur quisquis ita accipit, eum causam implendo ob quam pecunia data erat, non turpiter, sed maxime honeste facere. Et dandæ etiam hoc casu repetitionis ratio hæc est, quæ rem ad communem regulam revocat, quod qui in hac specie causam implevit, implesse non videtur. Id ita interpretari cogit dolus & delictum accipientis. Alioqui & dolus suus prosit cum certissima iniuria dantis. Quod tum certo intelligetur, cum dixerimus quando huius solius turpitudo versetur. Sic autem iuris & æquitatis ratio dictat, nulli malitiam suam debere esse lucrosam. *L.* 1. *D. de dol.* Item, neminem ex suo delicto meliorem conditionem suam facere posse. *L. non fraudantur*. §. 1. *D. de reg. iur.* Quod eam significationem habet, ut nulli debeat prodesse, neque ad actionem quod certum est: *L. si quis cum aliter*, 36. *D. de verb. obl. L. dolo C. de inut. stip.* neque ad retentionem, ut in specie proposita. At enim qui in hoc genere conditioni paret, temperat ab iniuria & maleficio, ut mox dicemus. Hoc autem facere non est turpe, sed laudandum potius. Sane quatenus temperat postea, hoc ipsum non est turpe. Sed in eo est iniuria, quod accipit, ut abstineat. Est enim cer-

7) Ant. Fab. *ad d. L.* 7. Condictiones, ait, sunt iuris civilis, & ob id durioribus legibus adstringuntur. Actio quod metus caussa a Prætore proposita nititur ratione æquitatis, non quia Prætor minus exosam habeat turpitudinem, sed quia deprehensus turpiter fecit quidem, quod fur fuit, non tamen quod dedit pecuniam. Et improbatum morem extorquendi ibi spectat Prætor, non caussam dandi. Matth. Klok. *ad L. transire P.* 2. *C.* 2. *pag.* 39. Duar. *ad Tit. D. Quod met. ca.* Resp. in *d. L.* 7. dari metu mortis, ne interficiatur, in *L.* 4. *pr. h. t.* ne caussa adulteri detegatur, quod ad infamiam pertinet.

8) Quod Duareno *h. t. C.* 1. est primum genus turpitudinis. Solius accipientis turpitudinem verti in remissione partis debiti facta decoctori ut residuum solvat, ideoque condictionem hanc dari quidam volunt, vid. Benvenut. Straccha. *Tr. de Decoctorib. P.* 6. *n.* 1.

certiſſimum genus iniuriæ ac veluti concuſſionis cogere aliquem ad dandum, ut facias, quod iure illi cogaris tua ſponte & gratis præſtare. In eo etiam detegitur turpitudo accipientis, quod accipiendo ut ab iniuria temperet, declarat ſi non accepiſset, non fuiſse temperaturum.

XI. Iam quando accipientis turpitudo verſetur, dicamus: ex quo etiam, & ubi in hoc genere datorum ſit repetitio, & quam ſuperiora vera ſint de cauſſa huius repetitionis conſtituendæ; ſimul intelligetur. Et accipientis ſolius turpitudo eſt, cum turpiter aut iniuſte aliquid facturo datur, ne faciat: ſeu cum datur, ut a maleficio & iniuria abſtineat. Turpiter autem & contra ius fieri quid intelligitur dupliciter: vel ſi fiat, quod iure prohibetur: vel ſi non fiat, quod ut fiat, ius exigit. Ita etiam totidem modis accidit, ut quis ſolus turpiter accepiſſe videatur, nempe duobus. Uno, ſi dem ne faciat, quod ſatis per ſe iure ipſo facere prohibebatur. Veluti, ſi dem, ne mihi iniuriam faciat, prædoni ne mihi res meas eripiat; ſi dem ne furtum, ne ſacrilegium faciat, ne hominem occidat. Quæ ſunt exempla *L.* 4. §. 2. *L.* 2. in princip. *D. de condict. ob turp. cauſ.* Cuiuſmodi etiam exemplum hoc eſt in *L. quod evitandi*, *Cod. eod.* ſi centurione aut præfecto militum exigente a milite munia tyronis contra dignitatem & prærogativam militum, miles pecuniam illi dederit, ut evitaret tyrocinium, ideſt ſi dederit, ne ille indigna milite exigeret, quod iure militari facere prohibebatur. Altero modo eadem turpitudo verſatur ſolius accipientis, ſi dem, ut faciat quod eum per ſe facere ius cogit. Hic proponamus nobis omnes eos, qui nobis iure obligati ſunt, ut aliquid præſtent, reperiemus omnes in ea cauſſa haberi, ut ſi his dederimus, ut præſtarent, ſit dati repetitio, etiam ſi præſtiterint quod debebant, & ita cauſſa dandi ſit ſecuta. Ut puta res commodata, depoſita, locata a me, vendita mihi a te aut mandata, item vi aut furto mihi ablata, omnes ſunt eiuſmodi, ut eas obligationis iure mihi reddere debeas. In his omnibus veteres conſtanter definierunt, si dederim tibi ut redderes, habere me dati repetitionem, quanvis reddideris. *L.* 2. illic *item ſi tibi*. *L.* 4. in fin. *L. ult. D. de condict. ob turp. cauſ. L. pen. L. ult. Cod. eod.* Non dubium, quin hæc ideo, quia in utraque ſpecie iudicarint ſolius accipientis turpitudinem verſari. Turpitudinis autem cauſſam in eo eſſe, quod dederim, ut faceres, quod tua ſponte facere [9] iure cogebaris. In quo ineſſe eam iniuriam in me cogendo ad dandum, quam dixi, itemque & delicti cogitationem, nisi darem, iam facile ex illis definitionibus harum rerum apparet.

XII. Dixi turpitudinem illic eſſe, ſi quid facere cogebaris, & acceperis, ut faceres: quoniam etsi ſit aliquid, quod fieri ſit humanitatis, & ſi prætermittitur, non ſatis videatur ex officio honeſti ac boni viri prætermitti; ſi quis tamen iure id facere non cogatur, nulla turpitudo eſt accipere, ut id facias: quia iure permittente acceperis. Et ideo placet, ſi acceperis, & feceris id propter quod acceperas, nullam eo nomine repetitionem eſſe. Exemplo eſt is, qui mihi fugitivum aut furem indicavit rerum mearum. Cui ſi quid [10] dederim ob hoc indicium, ideſt ut mihi indicaret, cauſſa ſecuta repetere non poſſim. *L.* 4. §. *ult. D. eod. L. ſolent*, *D. de praeſcr. verb.* Atqui indicare mihi hunc furem, ubi mihi profis ſine ullo incommodo tuo, & honeſtum eſt, & ex officio humanitatis, nec diſſimile illi, ſi quis erranti monſtret viam. Cur non igitur & hic intelligitur turpiter accipi, quod eo nomine accipitur? quia furem indicare nemo iure cogitur. Honeſte indicatur: indicanti nulla iure neceſſitas eſt, iuxta illam ſententiam iuris certi, Ut nemo invitus agere vel accuſare cogatur, *C. ut nemo invit. ag. vel acc. cog.* Adeoque turpe non eſt eo nomine quid accipere, ut ſi convenerit, ut tibi darem, ſi indicaſſes, tuque indicaveris, ultro habiturus ſis adverſus me actionem, ut tibi dem. Quanto magis pecunia data eius retentio ſutura eſt? *d. L. ſolent. de praeſcr. verb.*

XIII. His cognitis, iam de repetitione ob turpem cauſſam datorum, deque iure eius repetitionis facile iudicium eſt. Si dantis turpis cauſſa eſt, non eſt quærendum de repetitione, quæ hic nulla eſt. Huic tunc ſolum locus eſt, cum accipientis ſolius turpitudo verſatur. At hic de repetitione ex ſuperioribus confectum eſt, non ſolum ut intelligatur, quæ ſit huius repetitionis cauſſa, ſed etiam quæ hic obligatio, & quid contineat. Nam cum diximus repetitionem hic dari, cauſſa non ſecuta; cum autem ſecuta eſt, tamen iure fieri,

9) Vid. *not. ſupra Lib.* 12. *C.* 20. *h.* 1. *D.*

10) Indicium vocatur *d.* §. *ult. L.* 1. *de proxenet.* vid. Cuiac. 11. *Obſ.* 48. Fr. Pollet. *Lib.* 4. *Hiſt. fori C.* 2. *n.* 6. ibique in *Corolla*. Phil. Broidæ. An quis iure teneatur furem iudicare, vid. Goth. *in not. d. L.* 4. §. *ult.* Negat iure Civili, ſed iure Canonico aff. Io. Koppen. Q. 8. *n.* 4.

fieri, ut pro non secuta habeatur: apparet repetitionem huius partis ad regulam communem ob caussam datorum pertinere, qua efficitur ob caussam datum caussa non secuta repeti posse; proinde & in hac parte eandem obligationem, & eandem obligationis originem intelligi debere.

XIV. De turpitudine solum dantis, item de turpitudine solius accipientis huc usque diximus, & ad hos solos distinctionem de condictione ob turpem causam datorum omnem initio retulimus. Nihil addimus de ea specie, in qua utriusque turpitudo simul versatur, dantis & accipientis, quia superioribus cognitis, supervacuum est & inutile, duabus de caussis. Primum quia si dantis turpitudo versatur, quod quando accidat, satis supra diximus, simul etiam evenit, ut versetur turpitudo accipientis. Etenim si is turpiter facit, qui dat, ut maleficium fiat: multo facit turpius, qui accipit, ut idipsum perpetret. Neque hic excipimus quod meretrici datur ob fornicationem, ut quidam veterum fecerunt, quorum sententia refertur in *L. 4. §. sed quod meretrici, D. de cond. ob turp. caus.* Quod enim dicunt, meretricem turpiter facere, quod sit meretrix: non turpiter accipere, cum sit meretrix: vereor, ut hoc posterius possit illis concedi. Cur enim turpiter facit meretrix, quod sit meretrix? nempe quia pudicitiam fœde prostituit. Quid autem facit, cum libidinis caussa accipit? Nempe & pudicitiam prostituit & simul ex ea turpitudine quæstum facit: ut iam in eo duplex turpitudo versetur, & [11] prostitutio sui, & fordes. Sed & illud constat, quod supra diximus, omne factum turpe esse, quo quis ad delinquendum invitatur. *L. illud, D. de pact. dot.* Et quid agit libidinis merces in meretrice, nisi ut se danti prostituat? sine qua se non tam turpiter gereret. Invitatur igitur hoc turpi lucro, ut se prostituat. Ergo ut delinquat vel superiorum sententia, quando meretricem fatentur turpiter facere, quod se prostituat. Quod si ita est; etiam turpiter id lucrum accipitur, quo ipsa ad se prostituendum invitatur. Altera caussa est, cur posita turpitudine dantis, non sit laborandum, an simul turpis, quia ad conditionem ex eo æstimandam, de quo nunc quæritur, est plane inutile. Sive enim accipientis turpitudo accesserit, non eo minus denegabitur danti repetitio, ut supra ostendimus; sive fingamus solius dantis turpitudinem versari, tamen idem ius futurum est: & quidem multo magis, ubi scilicet non sit, quod accipienti obiiciatur.

CAP.

11) In quo Donellum laudat Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 9. & Marq. Freher 2. *Parer.* 14. scribit plane leoninam esse Iurisconsulti in *d. §. 4* rationem. Nullius enim rei turpis, ut Tertull. *de Habitu mulier.* merces est decora. Sed recte IC. Loquitur enim non de honesta antea muliere, quæ datione nunc corrumpitur, seu cuius pudicitia pretio attentatur & expugnatur, sed de prostituta, infelicissima, ut vocat Tertullianus, victima publicarum libidinum, ubi utilitas & indignitas personæ facit ut acceptio nullam ei maculam adspergere videatur, Duar. *h. t. C.* 4. Quæ non accipit turpiter, non simpliciter, sed per suppositionem, ut Zas. ad *d. L.* 4. §. 3. *n.* 4 *&* 8. Deposito enim pudore omnia licent. Et quæ semel verecundiæ fines &c. add. Gutier. qui fuse hac de re *Lib. 2. Canon. QQ.* C. 10. Quid quod DD. volunt impudicitiam professam, cuivis sui potestatem ut exhibeat, teneri, arg. *L.* 15. §. 15. *de iniur.* quos iuste notant Covar. 3. *Var. Resol.* 14. *n.* 2. Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 36. *&* 3. *Conject. ad Viv.* 5. Sane nondum præstitam mercedem, ob libidinis expletionem promissam, exigi non posse volunt Zas. *in d.* §. 4. *n.* 9. Duar. *h. t. C* 4. Connan. 5. *Comm.* 11. *n.* 2. Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 9. Niel *Disp. fin.* 4. *Th.* 5. *lit. A.* tum per *L.* 8. *h. t.* tum quia sæpe licite retinentur, quæ honeste non petuntur *L.* 1 §. 5. *de extr. co.* tum quia frustra quæreretur an datum repetatur, si non datum postulari posset. Diss DD vulgo Covar. *in C. peccatum de R. I. in 6. P. 2. Relect.* §. 1. *n.* 1. *&* 2. iustitiam non minus convenire sentiens ut isthæc merces promissa exsolvatur, in promissione turpitudinem esse, non in solutione, post expletam libidinem, & Vasq. 1. *Ill. Contr.* 48. *n.* 5. *&* 6. Gutier. *d. C.* 10. *n.* 8. *& seq.* Sed mittamus ista.

C A P. XXVI.

De repetitione rerum donatarum: Quam hæc ad hunc locum: Quæ in universum donationes revocationi obnoxiæ sint, & quam variis ex caussis. Tum quo cuiusque revocatio sit referenda.

I. DAtorum ob caussam futuram genus expositum est illud, cum quid nominatim & principaliter ob caussam datur, cuius scilicet dandi finis datione expressus hic est, ut aliquid sequatur. Est, ut proposui, in his etiam illud alterum, cum principaliter quid datur simpliciter, & ob aliud quidvis, quam ob caussam, ut aliquid sequatur: per consequentiam tamen ex parte etiam ob caussam dari intelligitur, qua non secuta sit dati repetitio.

II. In hoc genere sunt donationes, [1] earumque revocatio ex certis & iure proditis caussis constituta. Quam ex eo esse putamus, quod etsi donandi præcipuus finis est, ut bene sit donatario, nostrumque animum erga eum propensum hoc modo declaremus (est enim donare liberalitatis & beneficii, cum quid nullo iure cogente confertur in aliquem gratis, non quo quidquam ab eo vicissim accipiatur, ut fit in permutatione. *L. donari*, *D. de reg. iur. L.* 1. *D. de don. L.* 2. *L. interdictum*, *D. de prec.*) Etsi inquam, principaliter hoc agitur in donatione: tamen tacite hæc mens accedit, ut sic donatum accipiatur, ne quid sequatur eorum, quibus subsecutis ius concedit donationem revocare. Ob caussam igitur ex parte donatum, cum ob caussam dari intelligatur, non solum quod datur, ut aliquid fiat, sequatur, sed etiam ne fiat, ne sequatur: veluti, cum fundum tibi do ea lege, ne eum alienes. *L.* 3. *C. de cond. ob caus. dat.* Quo fit, ut in his donationibus nulla sit condictio, ac proinde nulla obligatio ad datum repetendum; aut si est, ut est, debuerit omnino ad hunc locum referri. Sed de genere obligationis, eiusque caussis postea suo ordine dicetur. Ante revocatio donati ex suis caussis constituenda est, sic deinde de revocationis conditione quærendum.

III. Et donati repetitio ita est, ut est donationis genus. Donationum quæ quidem communi hoc nomine appellentur, quæ eædem eam repetitionem admittant, de qua quærimus (nam & legatum est donatio: sed quæ in propriam speciem & nomen transit, neque aut quidquid est ultimarum voluntatum, ad hunc locum pertinet) donationum, inquam, quæ inter donantem & donatarium conficiuntur, duo sunt genera nota: non mortis caussa, quæ & inter vivos dicuntur: & mortis caussa, *Inst. de donat.* in pr. & §. *aliæ*. Inter vivos & nec mortis caussa fieri dicuntur, quæ fiunt, nulla iniecta mortis mentione, cur fiant: ut per contrarium ex mortis caussa donatione intelligetur postea planius. Quod ita donatur, aut donatur, [2] caussa nominatim adiecta, ut aliquid fiat; aut donatur simpliciter. In quibus donationibus quid donatur ob caussam, puta cum aliquid donamus ea lege, ut donatarius

1) Statuit noster & hanc esse ex contractu, ut apertius *infra C.* 31. Cui non assentior. Est ea ex obligatione naturali ad remunerandum eo modo quo notavi *supra Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15.

2) Gœd. ad *L.* 18. *de V. S. n.* 10. Donum, ait, aliud proprie & absolute, quod nullo alio intuitu quam ex mera liberalitate profectum; aliud modo quodam factum, quod Munus vocatur, datum respectu alicuius rei vel caussæ, quod non meram habet liberalitatem, sed conditionem ac modum secum trahit. Ut mortis caussa, propter nuptias nuptalitium, natalitium &c. De doni & muneris significationibus belle Connan. 5. *Comm.* 9. *n.* 2 Hot. *Disp. feu.* C. 17. Donatio alia simplex *L. pr.* §. 1. *v. sed simplicem C. de collat. L.* 20. §. 3. *Fam. erc.* propria *L.* 1. *pr. de don* vera & absoluta *L* 35. §. 2. *de mor. ca. don.* directa *L.* 25. *C. de don.* communis *L.* 24. *C. d. t.* alia negotialis, relata, quæ ad caussam aliquam respectum habet, & impropria *d. L.* 35. §. 2. Sub caussa, ob caussam, non mera *L.* 27. *L.* 19 *penult. de don.* 1. *C. de don. sub mon.* Et hæc alia mortis caussa, alia non mortis caussa.

tarius nobis certa alimenta præstet: fundum ea lege, ne alienet: donamus partem bonorum, ut creditoribus satisfaciat. Qualia exempla proponuntur in *L.* 1. *C. de donat. quæ sub mod. L.* 2. *L.* 3. *C. de cond. ob caus. dat.* in his donationis verbo abutimur, cum non sit donatio meræ liberalitatis: magisque totum hoc genus donationum ad superius illud ob caussam datorum referendum est. Certe repetitionem atque obligationem cum eo genere communem habet. Nam quæ ita donata sunt, caussà non secuta repetuntur, & in eam repetitionem eadem condictio est, quæ & cæteris rebus ob caussam datis. *d. L.* 2. *L.* 3. *C. de cond. ob caus.* Illa vere & proprie donatio est, cum quid donatur inter vivos simpliciter, nulla scilicet nominatim adiecta caussa, ut aliquid sequatur. Sed tamen & hic certis de caussis donati repetitio est ei qui donavit, ab eo qui accepit, tantum hoc nomine quod acceperit ista quasi tacita lege, ne quid sequatur contra quam iure cautum est, ut postea dicetur: quæ sane repetitio est huius loci, & obligationis eius, quam tractamus.

IV. Sane & ab aliis quam a donatore revocari interdum donationes possunt, sed nihil ea revocatio ad hunc locum. De quo tamen ut possit certius statui semel hoc loco & breviter revocandæ donationis caussas proponam. Ex quo de hac revocatione in universum quærentibus non solum quænam sint eæ caussæ: sed etiam quo quæque revocationis species referenda sit, & unde petenda, intelligatur.

V. Revocandæ simplicis donationis quæ iure ab initio constiterit, caussæ genera duo sunt. Aut enim fit donatio in fraudem aliorum, quos ius donatione fraudari non patitur; aut ab initio recte facta eventu revocatur. Illic vitium donationis: hic caussa extrinsecus interveniens revocationi caussam præbet. Quæ in fraudem factæ donationes revocationi subiectæ sunt: earum tres sunt species, quot sunt videlicet personæ eorum, quibus ius adversus hanc fraudem consultum voluit. Alienatio eorum, quæ a liberto alienantur in fraudem patroni; tum eorum quæ a debitore in fraudem creditorum; item Inofficiosa donatio. Nam & hæc in fraudem est eorum, qui de inofficioso testamento queri possunt, utpote comparata ad hanc ipsam querelam eludendam, & interventendam. *L.* 1. *L. pen. C. de inoff. donat.* Cum scilicet donatio immodica supra scriptis personis contra officium pietatis non relinquit portionem iure naturæ his debitam, olim quartam eius quod ab intestato habituri essent, nunc trientem, aut si plures sint liberi, quam quatuor, semissem. De quibus dicitur alias inter iudicia, coniunctim cum querela inofficiosi testamenti. Cæteræ donationes sunt eæ, quas initio recte factas eventu revocari dicimus.

VI. Cum duo hæc genera ex certis caussis revocari possint; habent tamen ea ad revocationem donati caussas longe dissimiles. Sed & inter revocationes ipsas, seu inter revocandi ius utrique generi tributum tantum interest, ut prope sit contrarium. Nam quæ in fraudem factæ sunt donationes, ita valent, ut adversus donatorem ipsum ratæ sint, nec possint ab eo revocari. Voluit enim semel eas valere, & cum dominus esset rerum donatarum, ius habuit transferendi. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Nec iuvat eum, quod dolo transtulit. Non enim potest ei dolus suus prodesse ad repetitionem. *L.* 4. *C. de revoc. donat. arg. in L.* 1. *D. de dol. L. transactione finita, C. de trans.* Solis iis revocatio data est, quorum in fraudem facta est donatio, patrono, creditoribus, iis qui de inofficioso queri poterant donatione fraudatis. Quippe his solis consulitur, quorum ex gratia solum donatio legibus improbatur. Quo fit, ut hic ab aliis, quam a donatore infirmetur donatio, & infirmetur adversus donatoris voluntatem. Utrumque contra in altero genere earum donationum, quæ ab initio sine vitio factæ sunt. Nam in his solus donator repetit donatum, ab eo qui accepit, & ita repetit, ut intelligi possit ex iis caussis revocationis quæ sequentur, repetitionem esse secundum voluntatem donantis.

VII. Hæc inquam, caussa est, cur prioris generis revocatio non pertineat ad eam obligationem, de qua quærimus. Nam extranei isti, quorum in fraudem donatio facta est, aut genere quodam vindicationis utuntur, proposita prius querela sua, ut fit adversus donationem inofficiosam, quæ ad similitudinem inofficiosi testamenti querelæ inducta est. *L. si totas*, in fin. *L. ult. C. de inoff. donat.* Non est autem in rem actio ex obligatione, nedum ex contractu, *§.* 1. *Inst. de act.* Aut si his prodita est actio in personam ad revocandum, ut est in iis quæ in fraudem patroni alienata sunt, & quæ in fraudem creditorum, illic Faviana, hic Pauliana, de quibus alias. *L. videamus*, 38. *§. in Faviana, D. de usur.* Tamen constat eos nihil negotii gessisse cum eo, qui in frau-

fraudem donatum accepit: ut non possit ne hæc quidem eorum actio esse ex contractu. Sed & cum in eo genere obligationis, quod re contrahitur, de quo agimus, constituamus obligationem & repetitionem ipsi danti, sit autem superior ista revocatio constituta non danti ullo modo, sed aliis quibuslibet, & quidem dante invito; perspicuum est istas revocationes, cum de earum caussis & origine agitur, ad alia genera debere referri. Et res ita habet. Inofficiosæ donationes cum querela inofficiosi testamenti coniungendæ sunt, ut Titulos coniunctos videmus in *Codice*, ubi & Titulus proprius, *de inofficiosis donationibus*. Harum enim querela introducta est legibus per omnia ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti. *L. ult. C. eod.* proposita iisdem, quibus illa; & proposita ob eandem caussam, ut sibi portionem iure naturæ debitam consequi liceat, quam immodica & inofficiosa donatio ita ademerat, ut simul eluderet & interverteret querelam inofficiosi testamenti, atque ita excluderet querelam omnem, nisi succurreretur. *L. 1. L. 2. L. si totas. L. pen. C. eod.* Revocatio autem eorum, quæ in fraudem patroni, aut creditorum alienata sunt, si quidem de caussa & origine revocationis quæritur; quoniam adversus ea solum constituta est, quæ alienata sunt dolo malo, magis pertinet ad eas obligationes, quæ ex maleficio nascuntur. Nam ut ex contractu non est sine dubio, ut ante ostendi; sic nec dici potest esse ex quasi contractu; cum iis detur, qui cum eo qui donatum accepit, aut in rem eius nihil gesserunt, & detur in eum, qui multo minus quid gessit eorum nomine, aut quod ad eos pertineret. Sibi enim donatum accepit, & accepit ab eo, qui dominus cum esset, ius transferendi habuit. Sane si de iure patroni alicubi in universum quæratur, aut in universum de iure creditorum in discutiendis condemnati aut latitantis debitoris bonis; huc pertineat etiam & de istarum alienationum revocatione agere; quoniam hæc revocatio illius iuris pars est. Quod & secuti sunt in Pandectis compositores. Hinc de iis quæ in fraudem patroni alienata sunt, proprius Titulus, *Si quid in fraudem patroni*, in eo argumento, in quo de universo iure patroni agebatur. Et de iis quæ alienata sunt in fraudem creditorum item Titulus proprius. Quæ in fraudem creditorum in argumento ad ius creditorum exsequendum pertinente,

CAP.

CAP. XXVII.

Donationis a donatore revocandæ duas summas caussas esse, ingratitudinem donatarii; & susceptos postea a donatore liberos. Ingratitudinis ad eam rem quæ iustæ caussæ.

Continuatio, atque ordo. Revocationis donationum caussæ duæ summæ, & quæ. I.
Tractationis huius occasio, methodus, & partitio. II.
Ingratitudinis caussæ donationi revocandæ habiles, communes, aut propriæ. III.
Communes quinque. Eæ aut sunt in faciendo, aut in omittendo. In faciendo quatuor; in omittendo quinta & postrema. IV.
Quæ in faciendo quid sint. Facta hæc a Iustiniano comprehensa, aut donatoris famam, aut corpus, aut bona, aut vitam invadunt. V.
Famam *atroces iniuriæ; & quæ illæ.* VI.
Corpus *violenta manus illata, & qualis.* VII.
Bona *patrimonii sui non levis iactura. A donatario quot modis hæc inferatur. Et quæ iactura non levis.* VIII. IX. X.
Vitam *periculum ei illatum a donatario.* XI.
Quinta in omittendo qualis. Quid in hac dignum animadversione. XII. XIII.
Contrariis occurritur. XIV.
Donationis revocandæ ius in hac caussa diversum; & quæ huius a reliquis differentia. XV.
Donationes omnes posse revocari ex caussis a Iustiniano præscriptis. XVI.
Contraria refelluntur. XVII. XVIII.
Ex illis quinque, & non aliis. XIX.
Non ex denegatione alimentorum facta inopi donatori omnium bonorum, aut partis eorum maximæ; & quare. XX.
Contraria Baldi, Cyni, Saliceti momenta refutantur. XXI. XXII. XXIII.
Propriæ patroni & parentum revocandæ donationis caussæ adversus libertos & liberos quæ, & eæ quatenus tales. XXIV.

I. ERgo superiore revocatione tota donationum ab hoc loco remota, ea sola revocatio donati relinquitur, de qua hoc loco tanquam sola huius loci propria, quæratur qua repetit donatum qui donavit; obligatione inter dantem & accipientem re ita constituta, ut qui accepit ideo obligetur ad reddendum, quia acceperit. Quod erat posterius genus, de quo agere nos diximus. Est autem id, in quo donatione ab initio sine vitio constituta, caussa postea iusta incidens repetitionem parit donatori. Revocandarum huiusmodi donationum caussæ duæ summæ; ingratitudo donatarii, & liberi a donatore postea suscepti. De donatione ob ingratitudinem revocanda quid servari oporteat, magna ex parte comprehensum est constitutione Iustiniani. *L. ult. C. de revoc. donat.* Neque tamen omnia.

II. Sed & ipsa constitutio ut & aliæ nonnullæ eodem pertinentes non satis dilucide scriptæ multa hic reliquerunt, quæ necessario quærantur. Quapropter locus postulat, ut de re tota paulo diligentius cognoscamus. In quo ut res certius liquecat, hæc nobis quinque spectanda sunt. Primum quæ sint iustæ caussæ ingratitudinis iure receptæ, propter quas donatum revocare liceat. Alterum, an ex his caussis cum semel una aliqua intervenerit, donatio infirmetur ipso iure, an vero non nisi ex pœnitentia & repetitione donantis revocetur. Tertium, quæ sint personæ, quibus hæc revocatio iure tribuatur, & adversus quas. Quartum, an semper, id est etiam consumptis aut alienatis donatis rebus. Postremum, quæ sit, & cuius generis hæc repetitio, utrum actio in rem, an in personam, seu condictio; & si condictio est, quando non potest nasci nisi ex obligatione, cuius generis sit hæc obligatio, & unde nascatur.

III. Caussæ ingratitudinis ad revocandam donationem idoneæ quædam sunt communes omnium donatariorum, quædam propriæ. Communes voco, quæ valent ad revocationem adversus omnes: proprias, quæ adversus certas tantum personas.

IV. Communes sunt quinque, eædem illæ, quæ comprehensæ sunt superiore constitutione Iustiniani. *L. ult. C. de revoc. donat.* Quarum genera duo obser-

van-

vanda sunt. Nam ex iis quædam sunt in faciendo, quædam in non faciendo, seu in omittendo. In faciendo prioris quatuor ea lege enumeratæ; in omittendo quinta eademque postrema.

V. Quæ in faciendo sunt, eæ sunt facta donatarii instructa de industria ad nocendum donatori. Et quidem huius generis facta omnia ingratitudinem certam in se habent. Nam si ingratus est is, qui non agnoscit beneficium acceptum, ubi, quando, & quomodo potest; multo magis is, qui pro beneficio dedit iniuriam, quocumque genere meditatæ iniuriæ id faciat. Sed non omnia facta eiusmodi idonea ad donationem revocandam. Certa tantum ex eo genere recepta sunt superiore constitutione, quæ tribuant repetitionem. Quæ ut facilius nmari possint, animadvertendum est ita hæc esse distincta, ut primum petat famam donatoris; secundum, corpus; tertium, bona; quartum, vitam. Eaque ita circumscripta.

VI. Adversus famam donatoris exigit constitutio [1] atroces iniurias in donatorem effusas. Proinde si qua iniuria, contumeliave affectus erit donator a donatario, quæ atrox iniuria non erit, ea non dabit repetitionem donati. Est autem atrox iniuria, adversus parentem quidem, patronum, magistratum quævis contumelia. Adversus alios autem si in verbis & convicio iniuria est, atrocem iniuriam locus facit; veluti si in foro, in theatro, pro tribunali donatarius conviciatus sit donatori. Hæc ex *§. atrox, Inst. de iniuriis.*

VII. Adversus corpus donatoris hoc factum tribuit repetitionem donati ex constitutione, si donatarius ei manus impias attulerit. Impias, idest violentas, quas [2] ille attulerit, non ut sublevaret donatorem, aut cum eo iocaretur, sed ut vim inferret contra pietatem bene merito debitam. Quod fit verberando, cædendo, vulnerando. Exigit constitutio, ut manus adferantur. Proinde si donatarius minitatus sit tantum donatori, si etiam pugnum sustulerit, & ostentarit quasi verberaturus, neque fecerit; etsi hæc per se iniuria est, tamen ad hanc speciem non pertinebit, atque adeo in totum propter hæc facta revocari non poterit donatio. Nisi proponas hæc admissa esse adversus parentem, patronum, magistratum, quorum persona atrocem iniuriam facit. Ex quo incipit res ad superiorem speciem pertinere.

VIII. Adversus bona exigit constitutio, ut donatarius iacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat, idest cumulum & magnitudinem iacturæ, ex qua non levem amissionem substantiæ & patrimonii donator sentiat. Et in summa exigit his verbis constitutio duo; ut donatarius ingerat donatori iacturam patrimonii, & eam non levem. Primum ut ingerat, idest, inferat, ut scilicet iactura & damnum re ipsa sequatur. Quocirca si donatarius conatus sit evertere donatorem bonis, nec perfecerit conatus, repetitionem non dabit ex his verbis: veluti, si donatarius [3] accusaverit donatorem publico iudicio, ex quo condemnato bona omnia, aut pars bonorum publicantur, ut est natura horum iudiciorum exposita *Instit. de publ. iudic.* & aut donator sit absolutus, aut donatarius ab accusatione destiterit.

IX. Quæremus igitur, quomodo accidat, ut donatarius hanc iacturam patrimonii donatori inferat. Nam si rapit bona, non videtur ulla hinc iactura esse donatori, sed potius lucrum; cum donatarius quadruplum restituere debeat actione vi bonorum raptorum. *L. 1. L. 2. D. vi bonor. raptor.* idem est, si surripuit. Tenetur enim & hic furti quidem ad pœnam dupli aut quadrupli, condictione autem furtiva ad rem restituendam. *§. pœna, §. ult. instit. de oblig. quæ ex del. nasc.* Sed etsi cum bona donatoris in nave essent, dolo malo perforata nave fecerit donatarius ut ea periret, tenetur hic quoque lege Aquilia, ut damnum sarciat. *§. capite, Instit. de leg. Aquil.* Qua ex re fit, ut ne hic quidem videatur iacturam pati donator. Neque vero statim facile occurrit, quibus aliis modis donatori caussa esse possit bonorum amittendorum. Quomodo igitur fiet, inquam, ut hæc iactura, quam quæ-

1) Convicium acerbum vid. Mozz. *de Don. col. ult. n.* 22. *& seqq* ubi n. 24. idem statuit, etsi verum convicium obiecerit, quia lex indistincte loquitur, tamen considerans animum ingratum. & Covar. 1. *Var. Resol* 19. n 8. Quid si attentaverit pudicitiam uxoris filiæve, vel illis vitium intulerit? Mozz. *d. lo. n.* 25. *& seqq.* posteriore hoc casu admittit repetitionem, priori negat, si blandis verbis attentaverit, per *leg* 15 §. 10. *de iniur.*

2) Itemque si per alium intulit, de quo & aliis huc spectantibus Mozz *de Donat. col. ult. n.* 33. *& seqq.*

3) At DD. volunt privandum donatione, sive ficti sive veri criminis reum detulerit. Certe si eo casu quo condemnatus reus, locus est revocationi; multo magis quo is absolutus, ubi calumniatus est accusator, & includitur hæc accusatio in prima caussa. Unde nec DD. fere quidquam dubitant si crimen confictum, sed omnis illis quæstio de vero crimine. In quo Covar. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 8. ita distinguit: Aut suam suorumve iniuriam prosequutus est, nec cadit rebus donatis arg. *L. filio* 31 §. *Seia* 3. *de adim. leg.* Aut secus, & ingratus censetur quoties iure non cogitur deferre per *L.* 1. *de his quæ ut indig.* nisi summe interfuit rei publicæ ne scelus istud abeat impune. Quid si caussam capitalem adversarii sui donatoris egerit, foverit, testimonium dixerit, iudicaverit, vid. Mozz. *de Donat. Cap. ult. n.* 30. *& seqq.*

quærimus, donatori inferatur? Dicendum est contingere & superioribus factis, & aliis plerisque. Nam & rapina, & furto, & damno dato auferuntur, minuunturque res donatoris. Nec ad rem pertinet, quod postea res cogitur restituere donatarius, & iacturam sarcire. Nam vel hoc ipso satis declaratur damnum & iacturam fuisse, quod eam præstaret & sarcire cogitur. Neque enim sarciret præstaretve eam, quæ non est. Ita eveniet ex superioribus maleficiis, ut donatarius eodem tempore pariter & teneatur eorum delictorum pœnis, & ob iniuriam donatori illatam patiatur meritam revocationem donationis. Sed tamen ut donatarius propter illatam iacturam non teneatur donatori: non eo minus & aliis modis accidere potest, ut hanc ipsam iacturam ingerat. Finge donatarium dolo malo indicasse donatorem prædonibus, vel hostibus prætereuntibus. Ab his captum donatorem coactum esse se redimere cum magna iactura patrimonii. Hæc vere iactura insidiis donatoris ingesta est, ut loquitur constitutio. Et vere est iactura, cuius nomine non tenetur donatarius, ut qui neque mandaverit, ut isti quidquam auferrent, neque auferentibus opem tulerit. Idem dicemus si donatarius donatorem accusarit capitis, & donator sit condemnatus. Nam hac damnatione damnati bona publicantur. *L. 1. D. de bon. damnator.* idque ita contingit, ut donatarius qui iure publico in ea re usus est nullam pœnam ad sarciendam eam iacturam metuat. *L. Gracchus, C. de adult.*

X. Exigit præterea hac parte constitutio, ut illata sit iactura patrimonii non levis. Non levem vocat magnam, *solemni* auctoribus usitata, cum minus negando contrarium intelligimus. Ut cum dicimus aliquem non leviter offensum, pro offensum graviter. Non parum delectatum re aliqua, pro vehementer delectatum; intermissiones non parum obesse studiis, idest multum obesse, & alia innumera. Quale illud in *L. 8. D. qui satisd. cog.* non quælibet iniuria est duci eum in ius, qui satis idoneum fideiussorem det: non quælibet, idest non infima & levis, ergo magna & singularis iniuria. Hinc igitur rursum quæritur, quæ sit magna iactura patrimonii, quæ isti revocationi donationis locum faciat. Et recte fecisset Tribonianus, si hoc explicasset. Plus quam enim ambiguum verbum est magna iactura, cum magnitudinis istius modus varie æstimetur, prout est conditio atque affectus cuiusque domini, qui iacturam passus est. Nam aliis partis sextæ bonorum amissio, magna est iactura: quibusdam tertiæ; quibusdam dimidiæ, & ita deinceps, ut quisque erga pecuniam & divitias animo est affectus. Et omnino hic evenit, quod in boni appellatione Ulpianus scribit in *L. ubi, 75.* in pr. *D. de verbor. obligat.* Qui stipulatur, inquit, boni tritici Africi modios centum: vini Campani boni amphoras centum, incertum videtur stipulari: quia bono melius inveniri potest. Quo fit, ut boni appellatio non sit certæ rei significativa. Quæ omnia de appellatione magni licet dicere. Nam & magno maius invenitur: & hoc ipso maiore maius, ac præsertim in damnis. Sed quoniam factum non est, quod requirimus, relinquitur, ut quantum potest ex aliis locis nobis explicetur. In quo ut in perplexa significatione venia dabitur necessitati, si probabili tantum coniectura utemur. Ego puto recte dici omnem amissionem bonorum, quæ publicis iudiciis irrogatur damnato, satis magnam iacturam videri debere: quia magno & gravi crimini non nisi magna & gravis pœna conveniat. Scimus autem interdum publicari omnia bona damnati, ut in capitalibus iudiciis, *L. 1. D. de bon. damnat.* alias dimidiam partem; alias ut minimum tertiam: quæ utraque pœna recepta est pro qualitate criminis in publicis iudiciis non capitalibus, ut declaratur *Inst. de pub. iud.* Sic fit, ut in hoc genere non male dici possit, 4 tertiæ partis bonorum amissionem magnam iacturam esse, maiorem dimidiæ partis, maximam bonorum omnium: sic tamen ut illud semper maneat, etiam tertiæ partis magnam esse iacturam. Neque enim hanc appellationem mutat, quod aliæ sunt maiores. Immo contra qui alias maiores esse dicit, hoc ipso hanc per se magnam esse confirmat: cum comparativus gradus semper positivum, cum quo comparetur, prius statuat. Ut cum dicimus vinum aliud alio esse melius, hoc ipso utrumque dicimus esse bonum, sed alterum melius. *d. L. ubi autem, 75. D. de verb. obl.* Secundum quæ recte in proposito dicturi videmur, si vel tertiæ partis bonorum iacturam ingesserit donatarius, iacturam ad pœnam huius partis pertinere, at non si minori ex parte.

XI. Adversus vitam donatoris hoc factum

4) Alii requirunt damnum excedens dimidiam partem bonorum, arg. *L. 2 C. de resc. vend.* quæ male huc applicatur, alii sextæ partis bonorum, alii idque ceu videtur, tutissime iudicis definitioni relinquunt, vid. Moz. *d. col. ult. n. 51.* Illius enim est statuere quæ caussa magna, modica, exigua, vid. Menoch. *Arb. Cas. 72.* Tiraq. *in leg. 8. Cod. hoc tit.* vers. *omnia bona vel partem aliquam n. 28. & seqq.*

ctum sufficit ex constitutione ad revocandam donationem, si donatarius periculum vitae intulerit, idest si vitae eius insidias posuerit. Quanvis igitur cum insidiatus vellet occidere, non potuerit; nihilominus conatus ad hanc revocationem pertinebit.

XII. Haec ergo facta sunt, hae caussae ingratitudinis in faciendo positae, quae tribuunt donationis revocationem. Est, ut dixi, quinta etiam caussa, comprehensa eadem constitutione, sed posita in non faciendo. Ea est, si donator pactiones aliquas imposuerit donationis, quas donatarius 5 implere noluerit: idest, si donator donaverit quid certa lege & conditione, ut donatarius quid fecerit; qua lege & ille acceperit facturum se promittens, & cum posset, non fecerit, quod convenerat.

XIII. Exigit ergo constitutio in rebus promissis a donatario non neglectum tantum & contemptum donatarii: sed etiam conventionem in donando interpositam, ut id fieret quod ab illo omissum neglectumve est; quod diligenter notandum est, valetque in primis ad caussas ingratitudinis eas, ex quibus donatio revocetur, recte distingendas ab iis, ex quibus non licet revocare. Multa enim sunt, quibus neglectis & contemptis certa ingratitudo donatarii arguatur, etiam nulla conventione ab initio interposita, ut praestarentur: veluti, si donatorem salutantem per contemptum non resalutavit; si egenti homo locuples non subministravit alimenta; si petenti aliquid operae, quam donatarius facile & sine incommodo suo posset praestare, superbe recusavit: quae haud dubie ingrati animi signa sunt omnia. Sed observemus nihil horum tribuere ex superiore constitutione donationis revocationem. Nam primum cum haec in non faciendo sint, non pertinent ad priores illas quatuor caussas, quae sunt in faciendo, & factum ad laedendum comparatum desiderant. Quinta vero ista caussa etsi itidem in non faciendo est, hoc tamen exigit amplius, ut neglectum sit id, de quo in donando convenerit. Superiora conventionem nullam habent ne quid eorum fieret.

XIV. Sed videturne recte haec caussa inter caussas ingratitudinis referri a Iustiniano; cum potius ex hac caussa revocetur donatio propter conventionem? Quod enim ob caussam etiam donatum est, caussa non secuta repetitur eodem iure, quo caetera, quae data sunt ob caussam, in quibus caussa secuta non est, ut supra dixi. *L. 2. L. 3. L. dictum, C. de cond. ob caus.* Ideo ex tacita conventione, non propter ingratitudinem; quia etsi dolo accipientis factum non sit ut caussa non sit secuta, non eo minus tamen sit repetitio, ut in hoc genere condictionis ostendimus. Dicendum est ex hac caussa competere repetitionem donati, propter conventionem quidem: sed nihilominus & propter ingratitudinem, si legem donationi dictam donatarius implere cum posset, noluerit, ut sunt verba constitutionis. Nam si ingratus est, qui officia, quae potest, donatori non praestat etiam sine conventione: multo magis qui ea quae sunt donationi ipsi imposita, & ad quae praestanda iure obligatur, pervicacia non praestat. Meminerimus tamen sic in hoc neglectu esse ingratitudinem, propter quam & donatio revocetur, ut revocetur nihilominus & propter conventionem.

XV. Haec res facit, ut merito haec caussa distinguenda sit a prioribus in iure revocandae donationis. Quae & mihi caussa fuit initio ista genera duo inter se distinguendi, idque eo diligentius, quod Iustinianus in illa constitutione sua sic omnes istas ingratitudinis caussas eodem loco proponit, ut nihil distinguat alias ab aliis in iure donationis revocandae, quasi omnes eo iure in eadem caussa haberi debeant. Quod secus est, ut & plerique ex interpretibus recte animadverterunt, in quibus Baldus, & Salicetus. Est autem hoc discrimen, quod ex prioribus illis quatuor factis revocatio donationis ad heredes donatoris non transit, nisi prius donatione ex poenitentia revocata a donatore. *d. L. ult.* in fin. *de revoc. donat.* At ex altero genere, idest ex quinta caussa quae in non faciendo est, condictio donatori competens transit ad heredes iure communi sine alio facto donatoris propter conventionem. Quod quia pertinet ad personas, quibus haec repetitio concessa est, cum ad eas ventum erit: ibi a nobis opportunius dicetur.

XVI. Ex his caussis solis cum statuit Iustinianus donationem revocari posse, animadvertendum est duo eum statuere: nempe & ex istis quinque donationes omnes posse revocari, & praeter has non esse alias, nisi speciales quasdam, quas vocavi proprias, ex quibus donatio possit revocari. De utroque ambigitur, an verum sit. Quod quia ad caussas revocandae donationis statuendas pertinet, huius loci est, ut explicetur. Et de priore constitutio diserte scripta est, generaliter donationes quae

5) Secus si legitime impeditus, vid. Moz. *d. cal. ult. n.* 54. & *seq.*

quæ ab initio valuerunt, ex ſupra ſcriptis quinque cauſſis revocari poſſe.

XVII. Sed hic quædam videntur adverſari, in quibus placet quanvis ſupra ſcriptis cauſſis exiſtentibus ceſſare revocationem. In his *L. his ſolis*, in fin. *C. de revoc. donat.* ubi matri libidinoſe viventi denegatur in totum revocatio donationis in filium collatæ. Item *Auth. quod mater, ſeq. C. eod.* ubi matri quæ ſecundo nupſit, datur revocatio ex certis tantum cauſſis ex ſuperioribus, non autem ex omnibus. Sed nihil horum adverſus conſtitutionem Iuſtiniani. Quod enim cavetur conſtitutione, ex ſuperioribus cauſſis donationes omnes revocari poſſe, ſic accipiendum eſt, dum ſit is donator qui per ſe poſſit iure revocare, non ſi ei conceſſa ſit nominatim revocatio, ſed ſi ei nominatim non ſit adempta. Quod ſi quibus adempta ſit lege, ut ſuperioribus duobus generibus matrum; ad eos conſtitutio Iuſtiniani non pertinet. Hæc enim ſcripta eſt de cauſſis idoneis revocandæ donationis. Prius eſt autem ut poſſit quis ex legibus revocare donationem ob aliquas cauſſas ingratitudinis, quam ut quæratur, ex quibus cauſſis liceat ei revocare. Ita cum de poſteriore lata ſit conſtitutio Iuſtiniani, haud dubie prius illud ſtatuit, ut velit donatorem proponi, cui revocandi poteſtas non ſit adempta. Poſtremo cum velit Iuſtinianus ex ſupra ſcriptis cauſſis revocari poſſe donationem; nihil ſit adverſus conſtitutionem, ſi cui donatori id ademptum proponatur, ubi id ei. propter ipſum adimatur, non propter cauſſas ipſas, quæ per ſe ſemper ſunt idoneæ, ſi patiatur perſona donatoris. Quod si cui videbitur Iuſtinianus ſuperiore lege utrumque includere, ut generaliter & donationes ab initio firmæ ob ingratitudinem donatarii revocari poſſint, & poſſint tantum ex ſupra ſcriptis cauſſis; hac ſententia admiſſa recte dicemus generalem eſſe conſtitutionem Iuſtiniani, ſed excipi quaſdam perſonas donatorum, quibus donationem revocare non liceat ex iis cauſſis aut in totum; aut non ex omnibus. Exceptiones eſſe conſtitutas prioribus legibus, ut *L. his ſolis, de revoc. donat.* his non derogari lege Iuſtiniani ſuperiore, quanvis ſit poſterior; quia generalis ſit; in toto autem iure generi per ſpeciem derogetur: *L. in toto iure, D. de reg. iur.* De his autem perſonis dicetur commodius paulo poſt in quæſtione perſonarum, quibus hæc revocatio conceditur.

XVIII. Obſtare etiam videatur. *L. pen. §. 1. D. de donat.* Ubi traditur hanc donationem eſſe irrevocabilem, nempe ex ſuperioribus etiam cauſſis, ſi quis aliena opera ereptus a latronibus, aut hoſtibus liberatori ſuo [6] remunerandi cauſſa aliquid donaverit. Sed nec de hac ſpecie agitur Iuſtiniani conſtitutione. Loquitur enim conſtitutio de veris donationibus, quæ liberalitatis cauſſa exercentur. In ſpecie autem ſuperiore non eſt mera donatio, cum ſcilicet aliquid mercedis loco datur pro egregio aliquo labore nobis impenſo, quæ & ratio in eodem reſponſo redditur, & confirmatur amplius exemplo. *L. Aquilius, 27. D. eod.* Verum eſt igitur, niſi donatori revocatio donationis aperte adempta ſit, ex ſupra ſcriptis omnibus cauſſis donationes, quæ vere donationes ſunt, revocari poſſe.

XIX. Sed an non pluribus? Et apparet ex verbis non ex pluribus. Sic enim verba ſe habent: [7] *Ex his tantummodo cauſſis donationes everti concedimus.*

XX. De una tamen ſpecie controverſia eſt inter interpretes. Quæritur enim, ſi donator contulerit in aliquem [8] omnia bona ſua, aut maximam partem bonorum, deinde labatur facultatibus, ut non habeat, unde vivat, an deſiderans debeat ali a donatario, ſaltem quatenus efficiunt fructus rerum donatarum; & ſi non alit donatarius, an ex hac cauſſa iuſte revocari poſſit donatio. Accurſius ad *d. L. ult. C. de revoc. donat.* putat poſſe. Idem negat ad *L. in condemnatione, D. de reg. iur.* Hinc res diſtracta in varias ſententias, dum in eo aliud aliis placet. Utrum igitur verius putamus? Sed cur dubitamus, quin non poſſit ex hac cauſſa donatio revocari: cum conſtitutio Iuſtiniani diſerte ita ſcripta ſit, ex ſupra ſcriptis tantum cauſſis donationem everti poſſe? Neque enim obſcurum eſt, ſi donatori alimenta non

6) Duar. *de Don. C. ult.* P. Greg. 28. *Synt. ult. n.* 70 Moz. *d. col. ult. n.* 64. Tiraq. poſt *LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 55. & *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 13. (ubi n. 11. *uſque ad n.* 69 45. ſpecialitates huius donationis refert) Beuſt *ad L.* 1. *de iureiur. n.* 195. diſſ. Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat.* P. 3. *n.* 60.

7) §. 2. *in fin. l. de donat.* in verbis; *certis ex cauſſis* Vult *ibid. n* 6. Diſſ. Menoch. *Arb. Caſ.* 130. *n.* 3. Mozz. *de Donat. col. n* . *n* 5. Ex his autem cauſſis etiam privilegia, cum donationis inſtar habeant, reſcindi poſſe vult Georg. Acac. Enenkel. Baro. Hohhemeum. *Lib.* 3. *de Privileg. C.* 17. De qua revocatione & Carol. Tapia *ad L. ſi. de conſt. princ. P.* 2. *C.* 9.

8) Donatio omnium bonorum an ſubſiſtat, quæ item illius interpretatio, an ad futura extendatur, &c. non idem ſentiunt DD. vid. Gomez. *in L. Tauri* 69. Vaſq. 3. *Contr. uſufreq.* 62. *n.* 2. *ſeqq.* Hot. *Diſput. de Donat. C.* 8. *n.* 31. Vaud. 1. Q. 31. Covar. 3. *Reſol.* 12. Dauth *de Teſtam n.* 98. Io. Gutierez. *de Iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 11. Gilken. *de Praeſcript. P.* 3. *C.* 3. *n.* 134. *& ſeqq* Coler. *de Proc. exſec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 145. *& ſeq.* Fach. 6 *Contr.* 87. *& 6. ſeq.* Bron. 3. *Aſſ.* 72 A. Fab. 42. *Reg. Prag.* 6. Boeer. *de Donat. C.* 3. *n.* 15. Niel. *Diſp. feud.* 5. *Th.* 8. *lit. A.*

non præstentur, omissionem hanc non esse in numero superiorum caussarum. Nam priores quatuor negligentia donatarii non sunt contentæ, sed factum ad nocendum instructum exigunt. Hic donatarii omissio est tantum, & neglectus. Inter quæ quantum intersit, declaratur lege Aquilia, qua tenetur qui facto suo damnum dedit, etiam si dederit culpa levissima tantum, non ullo dolo malo: si autem res alienas cum servare posset, neglexit, & perire passus est, quanvis non sine cupiditate nocendi, tamen non tenetur. *L. si servus*, 27. §. *huius*. *L. in lege*, 44. in pr. *D. ad L. Aquil. L. si cuius*, 13. §. *de præteritis*, vers. *denique*, *D. de usufr.* Quinta autem caussa ex superioribus, est illa quidem & in omittendo; sed desiderat etiam, ut dixi, conventionem, qua convenerit, ut quid donatarius præstaret. Hic agimus de eo donatario, cui hæc lex imposita non sit, ut donatorem aleret. Nihil igitur hæc species ad superiores caussas pertinet, ac propterea vetat constitutio ex ea caussa donationem revocari. Et merito: nam ne illud quidem verum est, cogi donatarium alere donatorem egentem. Nemo cogitur id præstare, ad quod præstandum obligatus non est, ex definitione obligationis. *Inst. de obl.* in pr. At donatarius donatori ad certum aliquid præstandum non est obligatus. Quare nec alimenta ei præstare cogitur. Dicitur quidem donatarius obligari ad remunerandum. *L. sed etsi lege*, 25. §. *consuluit*, *D. de her. pet.* Sed hoc ipsum significat eum simpliciter non obligari, ut pluribus ostendimus in naturali obligatione, primum quia remunerari est donare: non est autem donatio, ubi quis ad dandum obligatur. *L. donari*, *D. de reg. iur.* Deinde quia non obligatur ad ullam rem certam præstandam, ac sine re, quæ in obligatione deducitur, nulla est obligatio. *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verb. obl.* Ad hæc non simpliciter dicitur obligari ad remunerandum, sed obligari naturaliter. *d. §. consuluit*. Etiamsi naturalem obligationem intelligeremus his verbis eandem, quæ in usu iuris dicitur naturalis obligatio: tamen hoc ipsum etiam arguit nullam hinc esse necessitatem præstationis, cum nulla sit ex ea obligatione actio. *L. naturales*, *D. de obl. & act.* Postremo constat certas esse personas, quibus hæc necessitas imponitur legibus, ut alios alant, parentes, liberos, libertos; Parens liberos egentes alere debet, liberi parentes, liberti patronos. De quibus ex professo scriptum est in *L. si quis a liberis tota*. *D. de agnosc. lib.* Nulla illic mentio donatarii, aut usquam alibi, quasi is donatorem egentem qualemcumque alere debeat. Ex quo intelligimus extra superiores personas nullos alios hac necessitate obstringi, ut quemquam alant, ubi de eo iusta pactione nihil convenerit, idque ipsum pertinere & ad donatarium. Nunquam enim ex universo genere certis personis quid iniungitur, aut contra tribuitur, nisi ut intelligatur inde cæteros qui ex eo genere sint, eximi. Alioqui nequidquam de certis caveretur, quod pariter & ad alios omnes pertineret. Et omnino, ut cum prætor quosdam ex iudicibus datis iudicare vetat; dicitur ex hac notione cæteris id concedere videri: *L. eum prætor*, *D. de iud.* ita recte dicemus, cum ex omnibus quosdam lex vetat aliis denegare alimenta, cæteris omnibus videri legem id concedere.

XXI. Plerique tamen specie æquitatis ducti tentant efficere, donatarium donatori egenti alimenta præstare debere 9 ad quantitatem fructuum, qui ex rebus donatis percipiuntur: quod nisi faciat iustam hanc caussam esse revocandæ donationis Quidam, ut Baldus ad *d. L. ult. de revoc. donat.* utuntur ad eam rem argumento, *L. decurionibus*, *D. de decur.* illic ita scriptum est: *decurionibus facultatibus lapsis alimenta decerni permissum est: maxime si ob munificentiam in patriam patrimonium exhauserunt*. Qui locus minime ad rem facit. Etsi enim munificentia in patriam nihil aliud est, quam liberalitas, qua quid donationis caussa confertur in patriam: tamen perspicuum est ex superioribus verbis, quod hic tribuitur decurionibus, tribui ut decurionibus, seu hac de caussa, quia decuriones sint, non quia aliquid donaverint patriæ. Indicio est, quod placet illis decerni alimenta, etiam si nihil donarint: & contra quanvis donarint omnia, non aliter tamen illis alimenta decerni, quam si sint decuriones. Itaque est id beneficium, quod aperte tribuitur certæ conditioni personæ. De quo genere beneficiorum ita est regula iuris, ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficere. *L. in omnibus caussis id observatur*.

9) Gomez. 2. *Var. Resol* 14. *n.* 4. Clar. §. *donatio Q.* 21. Mozz. *de Donat. Col ult. n.* 59. *& seq.* Beust. *ad L.* 1. *de iureiur. n.* 195. fusissime Io. Petr. Surd. *Tr. de Alim. Tit.* 1. *Quæst.* 68. Quorum opinio, uti benignior, omnino servanda. Et facit *L. necare* 4. *de ag. lib.* Certe si Iustinianus de huiusmodi casu cogitasset, credibile est illum non fuisse prætermissurum. Facit *Nov.* 78. *C.* 2. v. *nam si nullum*.

tur, *D. de reg. iur.* Quo fit, ut cum beneficium superius tribuatur decurionibus ut decurionibus, id est propter hanc conditionem personæ, plane ad eos, qui quid in patriam contulerunt, si decuriones non sunt, nihil pertinet. Adde, quod non dicitur, decurionibus facultatibus lapsis alimenta decerni debere, sed permissum esse. Quo verbo significatur posse civitatem alimenta decernere, si velit; si nolit, necesse non habere. Nam de eo, cui concessum est, ut quid possit, hoc ipsum traditur *L. sæpe*, & *L. generaliter*, *seq. D. de off. præs. L. 1. C. quom. & quand. ind.*

XXII. Alii ut Cynus tentant idem efficere hoc argumento. Liberi parentem alere debent, iure certo. *L. si quis a liberis*, *D. de agnosc. lib.* Volunt autem eum, qui bona sua omnia aut maximam partem in aliquem contulit, veluti heredem eum instituendo, patris loco esse donatario. Ex quo efficitur & eum in quem hæc collata sunt, donatori egenti tanquam patri alimenta præstare debere. Recte si quidem donando quisquam inciperet donatario esse patris loco. Quod non ita est. Scimus enim iure civili neminem iura patris nancisci, nisi adoptione. Et quidem ita, ut dissoluta patris adoptivi potestate simul etiam & patris nomen, & iura intereant. *L. in omni*, *D. de adopt.* Dicent neminem quidem donando patrem fieri, sed se hoc sentire; licet pater non sit, eadem tamen officia pietatis, ei tribui debere, quæ patri, & hactenus patris loco esse. Sed ei qui pater non sit neque natura, neque iure civili, absurdum est dici eadem tribui oportere, quæ patri, & hactenus patris loco esse. Certe id probatione quam maxime indiget. Probant ergo ex *L. si patronus*, *D. de conf. tutor.* ubi si extraneus instituerit pupillum extraneum heredem, & ei testamento tutorem dederit, placet iudicium eius sequendum esse, & tutorem confirmandum. Ex quo colligunt extraneum illum testatorem, eodemque exemplo donatorem omnem isti testatori in donando similem, patris loco esse ei, in quem liberalitas confertur. At unde tandem hæc collectio? quia scilicet, si pater filio pupillo emancipato tutorem dedisset, eodem modo tutor confirmaretur. *L. 1. D. de conf. tut.* Nullum vero hoc argumentum est. Sit sane in hac re extraneus ille similis patri. Sed non est hac de caussa quia sit patris loco. Tutor ab utroque datus pariter confirmandus est: sed datus a patre ideo, quia pater dedit, idque propter honorem & reverentiam iudicio patris debitam, & maxime cum in caussa liberorum quid statuit, quod sit in rem eorum: datus autem ab extraneo, non utique ideo, quia aut patris loco sit propter donationem, aut ei eadem debeantur, quæ patri: sed quia personam eius, quem tutorem esse voluit, noverit & dedisse intelligatur quam fidelissime, quam maxime idoneum putabat, coniectura voluntatis hinc ducta, quod ita dilexerit impuberem, ut eum heredem instituerit. Quæ ratio nominatim reddita est in *d. L. si patronus*, *de tut. conf.* Ex qua apparet qui priorem caussam voluit esse caussam superioris confirmationis inducendæ, ei ipsi loco quo utuntur, adversari; in quo alia aperte statuitur, quæ cuivis extraneo etiam qui pater non sit, nec patris loco habendus, optime conveniat.

XXIII. Ad extremum etiam Salycetus, cui superior sententia æqua videtur, eoque & retinenda, hoc argumento utitur ad eius sententiæ defensionem. Ob iniuriam non levem illatam donatori a donatario donatio revocari potest. Non est autem levis iniuria donatarii, si locupletatus & fruens bonis donatoris olim acceptis donatorem egentem alere recuset. Iniuria ex eo, quod ad antidora ei sit obligatus, *d. L. sed etsi lege*, 27. *§. consuluit*, *de her. pet.* Quare & denegatis donatori alimentis iure donatio potest revocari. Sed in hac argumentatione utrumque quod sumitur, falsum est, & propositio & assumptio. Primum non ob quamlibet iniuriam illatam donatori revocari donatio potest, sed ita si sit facto illata iniuria, & ea sit atrox, ut constitutio exigit. Qui autem non præstat donatori alimenta, perspicuum est hunc nihil facere, quo inferat iniuriam, sed potius non facere. Omittit enim & negligit præstationem. Iam dixi, quodcumque factum donatarii in non faciendo est, & in omittendo, non tribuere donatori donationis revocationem, nisi hoc ipsum convenerit, ut fieret, quod factum non est. Sed nec illud verum est donatarium iniuriam facere donatori, nedum videri debeat facere non levem, si egenti alimenta non præstet. Non facit iniuriam, qui alteri non præstat, quod illi non debuit. Est enim iniuria, si cui quis auferat, quod sit eius, sive vere eius sit, sive ei debeatur. Cuius autem nihil est, cuive nihil debetur, huic nihil dici potest contra ius auferri; eoque nec ei iniuria fieri; cum iniuria generaliter dicatur omne, quod non iure fit. *L. 1. D. de iniur.* Iam autem ostendimus donatarium non esse obligatum ad quidquam præstandum: certe non ad alimenta præbenda

benda magis, quam ad res alias. Nemo negat ex officio viri boni facturum donatarium, si beneficium beneficio rependat, & maxime ubi ope & auxilio eius indiget donator: quod præcipue cernitur in alimentis egenti præstandis. Hoc amplius & ego eum, qui beneficio accepto id non faciat, si potest, non inhumanum solum, sed & ingratum, & improbum, & quovis odio dignum iudico. Sed non quid hic honeste fiat, & ex officio; sed quid iure publico facere cogatur donatarius quærimus. Constat autem adversus eos, qui beneficium acceperunt, nullam actionem esse proditam ad quidquam ab iis eo nomine exigendum, uti nec adversus ingratos ullam actionem ingrati. Postremo non si alimenta donatori deberet donatarius eaque petenti non præstaret, ideo donatori ius esset donationem revocare. Effectum est enim iam satis, non ob quamvis ingratitudinem donationem revocari posse; sed iustas esse tantum ingratitudinis caussas, propter quas hæc revocatio concedatur. Inter quas eum non fit omissio ullius rei, quæ ex lege donationi imposita non debeatur, haud dubie alimentorum quanvis aliunde debitorum denegatio ad hanc revocationem non pertinebit. Et ideo cum liberi parenti egenti alimenta præstare debeant, legimus posse parentem a liberis ea petere: quod si non præstent, non propterea hanc pœnam usquam constitutam legimus, ut si quid parens donaverit liberis, ob eam denegationem possit donationem revocare. Quanto minus licere id putandum est donatori, si non alatur a donatario, qui iure illi alimenta non debuit: certe non ita, a donatario ulla actione exigi possent? Maneat igitur hæc sententia constitutionis rata de caussis revocandæ donationis: ex supra scriptis quinque caussis omnibus donationem revocari, posse dum ne revocatio donatori adempta sit legibus: sed ex his solis, præterea nullis, ac ne tunc quidem, eum donatarius turpiter ingratus egenti donatori alimenta denegaverit, ad quæ præstanda lege donationi dicta non tenebatur.

XXIV. Sed hæc de communibus ingratitudinis caussis ad revocandam donationem idoneis, seu de iis quæ generaliter & in commune adversus omnes donatores valeant, dicta sunt. De quibus & se sentire Iustinianus ostendit primis verbis constitutionis, cum ait, generaliter sancimus donationes ex his caussis everti. Quædam sunt, ut dixi, propriæ certarum personarum eorum quibus donatum est, adversus quos & ipsæ solum valent, ut ex his adversus eos donatio revocetur. Sed hæ paucæ, quæ & pro conditione personarum variantur. Personæ duæ, quæ his caussis tenentur; liberti, & liberi. Adversus libertum valet proprie una caussa hæc, si obsequia patrono debita neglexerit. Itaque si quid patronus donaverit liberto, poterit citra controversiam revocare donationem ab ingrato liberto ex caussis illis quinque communibus, de quibus Iustiniani constitutione cautum est. Sed poterit & ex hac proprie, si obsequia patrono debita præstare noluerit: tametsi sit hæc omissio in non faciendo, nec de obsequiis sibi præstandis in donando quidquam patronus caverit. Cautum *L. 1. C. de revoc. don.* Ubi & ratio huius iuris personæ liberti conveniens redditur. Exempla hæc sunt, si libertus egentem patronum negligat, nec eum possit, præstet alimenta; si postulante patrono res eius administrare detrectet. *L. alimenta. D. de agnosc. lib. L. ingratus, D. de iur. patronat.* Et si qua sunt similia officia, quæ libertus patrono exhibere debet patronatus iure; de quibus in iure patronatus diximus. Adversus liberos item propria caussa una, ex qua præter communes illas quinque superiores revocari donatio possit a parente in liberos collata. Ea est; si filius totius patrimonii parentis iacturam molitus sit. Ex hac caussa conceditur matri etiam quæ secundo nupsit revocare donationem collatam in filium, qui id molitus est; cum tamen huic matri multo minus concessum sit ad revocandam eiusmodi donationem ob ingratitudinem, quam cæteris parentibus iisdemque donatoribus. *Auth. quod mater, C. de revoc. donat.* Multo igitur magis patri, & reliquis matribus, quæ secundo non nupserint, idem concessum intelligendum est. Adversus extraneos donatarios hæc initio non est satis ad revocandam donationem ex lege Iustiniani, sed ita si etiam iactura bonorum re vera ingesta sit, ut ante diximus.

CAP.

CAP. XXVIII.

Donationem ex caussa ingratitudinis non infirmari ipso iure, sed ex poenitentia & repetitione donantis revocari. Hanc revocationem donatoribus omnibus tribui, quibusdam matribus exceptis. Quibus autem tribuitur, his tribui adversus omnem donatarium ingratum, sine exceptione.

An donatio revocetur ipso iure, an facto donatoris. Ipso iure revocari quid sit I.
Quaestionis occasio. II.
Donatio non ipso iure infirmatur, sed competit donatori donatae rei repetitio, sicut datae rei ob caussam, ea non secuta. III. IV. V. VI.
Donatori, & quidem omni revocatio donationis Iustinianeo iure competit. Secus de iure veteri. VII.
Excipitur mater quae turpiter vivit, & quae nupsit iterum. Quomodo posterius hoc temperatum. VIII.
Quid si filio mater eiusmodi donavit ob caussam, caussa non secuta. IX.
Recte constitutum a Iustiniano licere mulieri aut turpe viventi, aut secundo nubenti donationem ab extraneo revocare; non a filio. Quae discriminis ratio. X.

I. His caussis positis, si una aliqua ex his inciderit, sequens locus erat, cum revocationi donationis locus factus est, utrum donatio revocetur ipso iure, an non nisi facto, & revocatione donatoris, & quo facto. Ipso iure quid fieri dicimus, cum quid sine cuiusquam facto & opera solo iure perficitur. Ut cum dicuntur sui heredes existere ipso iure, ad discrimen extraneorum heredum, qui non nisi facto suo existunt heredes, nempe aditione aut pro herede gestione. *§. sui autem. Inst. de her. quae ab intest. def. §. ult. Inst. de her. qual. & diff.* Itaque in proposito donationem ipso iure revocari sic intelligimus, si quae ita revocaretur, ut statim post supra scriptas caussas ingratitudinis admissas dominium rerum donatarum a donatario recederet, & transiret ad donatorem iure solo sine ulla traditione. Hoc igitur quaerimus, an hic constituta sit huiusmodi donationis revocatio ob caussas supra scriptas, an vero facto & repetitione sit opus, & donatarii restitutione.

II. Movet dubitationem *L. si unquam, C. eod. tit.* ubi in donatione quae revocatur propter susceptos postea liberos, totum quidquid donatum est, ex hac caussa dicitur reverti in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. Quibus verbis apparet donationem ita infirmari, ut statim redeat in dominium donatoris. Neque enim aliud est quid in arbitrio & ditione alicuius esse quam in eius dominio. Quo exemplo non abs re dubitatur, num idem & ex caussis ingratitudinis admitti debeat, cum in eadem donatione inter vivos, quae a principio valuit, nec ullam conditionem accepit, pares hae revocationes videri possint.

III. Dicendum est non idem hic admittendum esse, ex caussa, inquam, ingratitudinis donationem non infirmari ipso iure: sed re manente donatarii, ut prius, solum actionem esse donatori ad res donatas a donatario repetendas; donatarium ad hoc teneri, ut reddat, similiter ut fieret, si quid nominatim ob caussam datum esset, caussa non secuta. Nam quod ad revocationem *L. si unquam*, attinet, ius in ea singulare est, ut suo ordine dicetur. Quod ideo ad hanc speciem transferri non debet. *L. quod vero, D. de legib.*

IV. Ne dubitetur autem in hac specie nullam esse huiusmodi revocationem donationis, quae fiat ipso iure; haec argumenta sunt. Illud inprimis non dubium, quod ex constitutionibus non tantum Iustiniani, sed etiam priorum Imperatorum, idest *L. ult.* in fin. & *L. 1. C. de revoc. donat.* mortuo donatore post ingratitudinem donatarii, si donator vivus non mutavit voluntatem, non modo dominium rerum donatarum ad heredes eius non transit, sed nec ulla actio in personam ad revocandam donationem. Non ergo perfecte dominium rerum donatarum ad donatorem vivum redierat, ut dici possent res donatae esse in arbitrio eius & ditione. Alioqui omnino futurum erat, ut eo mortuo transiret ad heredem, cum heres in universum ius defuncti, ac maxime in domi-

dominium succedat. *L. heres in omne*, 37. *D. de acq. her. L. cum heredes*, 23. in pr. *D. de acq. poss.*

V. Idem efficitur certis regulis iuris, ad quas necesse est & hanc quæstionem, & alias omnes revocari, quamdiu posterioribus legibus de earum iure nihil est immutatum. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Si de donatario quæritur, is donatione dominus effectus est. Quod cuiusque est, ab eo sine facto eius recedere non potest, ex regula iuris. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* Et ut posset recedere; tamen vetat altera regula iuris, quominus sine traditione ad alterum transeat. *L. traditionibus*, *C. de pact.*

VI. His congruunt verba legum, quæ sunt de hac revocatione. Sic verba sunt *L.* 1. *C. de revoc.* donat. *si ingratus sit libertus, omnis donatio, mutata patronorum voluntate, revocanda est*. Primum exigit lex mutationem voluntatis, ut intelligamus, ante quam donator mutarit voluntatem, nihil infirmari in donatione. Sed & mutata donatoris voluntate non dicit revocatam esse donationem, sed revocandam; ut rursum intelligamus etiam post hanc mutationem aliud factum donatoris exigi ad revocandas recuperandasque res donatas. Verba enim legis Iustiniani, *L. ult. eod.* ita sunt; *ex his tantummodo caussis donationes everti concedimus*. *Etsi evertendi* verbum per se tam ad eas donationes pertinet, quæ infirmantur ipso iure, quam quæ donatoris facto; tamen cum additur, *concedimus*, hoc verbo ambiguitas tollitur. Sic enim declarat Iustinianus non eam eversionem se intelligere, quæ fiat ipso iure, sed quæ in donatoris voluntatem & factum conferatur, dum se revocationem illi concedere dicit: quandoquidem non conceditur cuiquam evertendi potestas in ea re, quæ iam ante iure sit eversa. Restat igitur alterum, quod dixi, ut sic ex supra scriptis caussis infirmetur donatio, ut nihil amplius tribuatur donatori, quam actio in personam ad res donatas repetendas, quæ tunc donatoris iterum fieri incipient, cum erunt redditæ, aut ex iure reddi debebunt, ut in specie *L. his solis*, vers. 1. *C. eod.* Quod certius intelligetur, cum extremo loco dixerimus, quæ sit huius revocationis nomine actio.

VII. Hac repetitione ex supra scriptis caussis constituta, tertius erat locus, ut quæreretur, quibus personis hæc revocatio concessa sit iure, & adversus quas. Et Iustiniani constitutio, *d. L. ult. de revoc. donat.* ita scripta est, ut hanc revocationem tribuat donatori, eamdemque adversus donatarium ingratum. Atque ita efficiatur obligatio de rebus donatis repetendis, quæ sit inter donantem & accipientem constituta. Et quidem adversus donatarium omnem sine exceptione hæc repetitio est. Omnes enim donatarii ex superioribus admissis pariter ingrati. Nec quisquam excipitur ea lege aut aliis ullis constitutionibus, nisi prius donatori ipsi revocandi potestas sit denegata. Quod tamen in donatoris persona contingit, non donatarii. Non eadem caussa est donatorum. Non omnibus donatoribus ex supra scriptis caussis revocatio tributa est. Olim quidem verisimile est in universum tributam certis tantum personis, puta patronis adversus libertos, parentibus adversus liberos. Certe priores constitutiones, quæ Iustinianum antecesserunt, ad has tantum personas referuntur, ut *L.* 1. *L. his solis*. *L. penult. C. eod.* Iustinianus postea constitutione sua generaliter omnibus donatoribus ex his caussis revocationem dedit. Sic enim loquitur: *generaliter sancimus donationes firmas manere, nisi ex his caussis: ex quibus & donationes everti concedimus*. Repetendum dictum generaliter: ut intelligamus generaliter hoc eum concessisse omnibus donatoribus, & ex his tantum caussis.

VIII. Utcumque est, tamen etiam post constitutionem Iustiniani manserunt veteres exceptiones in matribus donatricibus constitutæ. Est enim Iustiniani constitutio tantum generalis. Nunquam generales constitutiones quamvis posteriores derogant prioribus ad certam speciem eius generis collatis, quanvis in ea specie contrariis; sed semper species ex genere exempta intelligitur, iuxta regulam iuris, *In toto iure generi per speciem derogatur*. *L. in toto iure*. *D. de reg. iur.* Prioribus autem legibus, puta *L. his solis*, *C. eod.* ex omnibus donatoribus exceptæ sunt tantum matres, quæ quid in filios donationis caussa contulerunt: neque tamen omnes, sed ex his duo tantum genera. Primum mater, quæ libidinose vivit: quam placet nullo modo ob ingratitudinem filii res ei a se donatas revocare posse, *d. L. his solis*, in fin. Quod ius etiam nunc mansit. Nihil enim hic mutatum est posterioribus legibus, ac nec *Novella* Iustiniani *de nuptiis*, quæ mutavit in altero genere, quod sequitur. Ergo ex eadem *L. his solis*. in eadem caussa cum superiore est mater, quæ secundo nupsit, si quid forte in filios prioris matri-

matrimonii contulerit, & hi ingrati fiant. Sed hoc ius ut dixi, temperatum est postea a Iustiniano *d. Novel. de nupt.* 24. *§. mater tamen.* Unde *Auth. quod mater. C. de revoc. donat.* Huic matri tribuit quidem Iustinianus revocationem adversus ingratos liberos: sed ex his tantum tribus caussis, si liberi manus impias matri intulerint: si vitæ sint insidiati; si totius patrimonii iacturam moliti sint. Post quam constitutionem etiam nunc ex duabus his caussis communibus denegatur matri revocatio, si iniuriæ & contumeliæ filii tantum fuerint quamvis atroces, & si non totius patrimonii iacturam, sed partis tantum non dico molitus sit filius, sed etiam re ipsa intulerit.

IX. Quid dicemus, si mater donaverit filio ob caussam, ut aliquid faceret, & caussa secuta non sit? Etiam nunc ex hac caussa matri repetitionem dabimus ex iure communi, ut & cæteris donatoribus? *L.* 2. *L.* 3. *C. de cond. ob caus.* Atqui prius in totum adempta erat matri revocatio ex caussa ingratitudinis, *d. L. his solis.* Inter eas autem caussas Iustinianus numerat etiam hanc, cum illi legi donatarius parere neglexit, *d. L. ult. C. eod.* Neque postea idem Iustinianus matri ex hac caussa revocationem restituit, *d. Novel. de nupt. §. mater.* Sed non fuit opus restituere, quæ adempta non erat. Ademptum illi erat ne revocaret donationem ab ingratis liberis propter ingratitudinem; at non ne revocaret ex conventionis caussa: quod illa nunc facit. Inest enim, ut ante dixi, in hoc neglectu duplex caussa ad revocandum donatum, ingratitudo filii, & conventio, ut quod ob caussam datum est, caussa non secuta reddatur. Remota ingratitudinis caussa, quæ matri adempta est, superest matris conventio; qua cum sibi nominatim caverit, eius obligatio invitæ auferri non potuit. *L. ult. D. de pact. L. pen.* in fin. *D. quæ in fraud. cred.* Ac nec sub appellatione ingratitudinis est adempta.

X. Sed quidquid hic matribus istis ademptum est adversus ingratos liberos, merito quæritur quam recte sit constitutum. Non quod putem, si cuius iuris ratio reddi non potest, ideo reiiciendum. Non enim omnium, quæ a maioribus constituta sunt, ratio a nobis reddi potest, etiamsi illis optime constiterit. *L. non omnium, D. de legib.* sed quia ipsæ illæ constitutiones Iustiniani quibus de hac specie cautum est, constituunt ius sibi ipsi contrarium, & ἀσύστατον, quo una pars ab altera evertatur, nisi istius ademptionis rationem recte explicamus. Nam si mulier libidinose vivens, atque adeo propter turpem quæstum infamis, ut meretrix, donaverit quid non filiis, sed extraneis, & illi in aliquam caussam ingratitudinis ex superioribus incidant, concedunt superiores constitutiones huic mulieri donationem revocare. Hoc enim tribuitur omnibus generaliter lege Iustiniani, *d. L. ult. de revoc. donat.* nec usquam illi adimitur vel prioribus legibus vel posterioribus adversus extraneos donatarios. Quinimo cum illam vetant nominatim revocare donationem adversus liberos, hoc ipso adversus cæteros revocare licere aperte significant. *Argum. in L. qui testamento, §. mulier, D. qui testam. fac. poss.* Sed & illud certi iuris est, quod iure interdictum non est, id omnibus licere. *L. mutus,* 43. *§.* 1. *D. de procurat. L.* 1. *§* 1. *D. de testib.* Nec quisquam dicat, quod hic constitutum est adversus liberos, admittendum esse & adversus extraneos. Nam præterquam quod *L. his solis.* ita scripta est, ut superioribus matribus revocationem adimat tantum adversus liberos prioris matrimonii, etiam regulæ iuris ad alios id ius transferri prohibent. Est enim ius singulare, constitutum adversus rationem communis iuris, quo ante licuit parentibus omnibus donationes in liberos collatas ob eorum ingratitudinem revocare. *L. penult. C. eod.* Eiusmodi ius, dico singulare illud, vetant regulæ iuris produci ad consequentias, *d. L. quod vero, D. de legib.* Quod mulieri libidinose viventi concedi dixi superioribus constitutionibus revocare donationem ab ingratis extraneis, multo magis ei mulieri, quæ secundum aut tertium nupsit, idem concedi iisdem constitutionibus Iustiniani intelligendum est; cum & huic pariter adimatur revocatio tantum adversus liberos, & ei in hac ipsa ademptione minus detrahatur, quam superiori. Si mulier ab extraneis ingratis donationem revocare potest, nec turpi vita, aut secundis nuptiis prohibetur: quanto magis huic ipsi licere debuit revocare ab ingratis liberis? nam quo maior est reverentia & pietas, quam liberi debent matribus & parentibus omnibus, eo maior est & detestabilior eorum ingratitudo adversus parentem ex superioribus admissis, eoque & pœna maiore, si non maiore, at certe pari citius coercenda. Aut si istis matribus propter turpem vitam aut secundas nuptias visum erat denegare revocationem adversus liberos ingratos, conveniebat multo citius ob easdem caussas

caussas iisdem denegare adversus extraneos. Quod cum in his contra factum sit, necesse est ipsa inter se contraria videri, & sese mutuo tollere, nisi certa ratio inhibeat hanc revocationem in liberis, quæ ratio non item valeat adversus extraneos. Hanc ergo rationem quærimus, sine qua ius superius probari non potest. Hanc recte & idoneam reddidit Iustinianus in *d. Novell. de nupt. 24. §. mater tamen*. Ac nisi ille hic nos iuvisset, hæreremus. Cum igitur de matre ageret, quæ iterum nupsisset, sumpsissetque hoc ius vetus partim confirmandum, partim temperandum, quo eiusmodi matres vetabantur ob ingratitudinem filii revocare res ei donatas; hoc ius primo posuit; simul confirmaturus hanc rationem reddidit, quod cum mater quæ secundo nupsit dicit se revocare donationem ob ingratitudinem filii, non videtur ex animo propter ingratitudinem filii id facere, sed prætextu ingratitudinis quæsito magis de secundis nuptiis cogitare, & ad hanc cogitationem revocationem referre; eo scilicet, ut res filio ablatas in secundum maritum, aut sobolem secundam transferat, ducta desiderio, & amore sequentis matrimonii, non sine magna iniuria liberorum priorum, & prioris cum matrimonii, tum mariti. Quod dicit de matre quæ secundo nupsit, idem licet iustius de matre libidinosa dicere, ut scilicet cum hæc dicet se ob ingratitudinem filii revocare velle donationem, existimetur magis revocare, ut rebus ad se translatis abutatur ad suas libidines, iisque indulgeat, quam quod de ingratitudine filii cogitet, eamque studeat pro officio coercere. Hæc quidem eadem dici possunt de cogitatione istarum mulierum cum revocant donationem ab ingratis extraneis, a quibus tamen donata revocari posse diximus. Sed inter extraneos & liberos ad inhibendam hanc revocationem hoc interest, quod non est odiosum aut iniquum ob ingratitudinem quid adimere extraneis, quoscumque in usus mulier donatrix res receptas collatura sit. At in ista cogitatione auferre res donatas filiis prioris matrimonii, ut sic deinde ad alienos, aut ad res turpes transferas; hoc vero maxime odiosum est, nec putarunt ferendum constitutiones. Cur autem matres donationem a liberis tanquam ingratis revocantes non existimentur ex animo propter ingratitudinem revocare, sed magis, ut transferantur res ad eos usus quos dixi, facit maxime affectus matrum in liberos, quæ propter naturalem vehementem amorem atque indulgentiam erga liberos facile his quasvis iniurias remittant.

C A P. X X I X.

Revocationem donationis ex caussa ingratitudinis ita tribui donatori, ut eo non revocante denegetur omnis eius heredibus. Revocante eo, transeat repetitio ad eius heredes. Et quam hic revocationem donatoris ad eam rem accipere debeamus.

Donator solus revocat ex pœnitentia donationem; non illius heres ab initio revocat. I.

Ratio definitionis illustrata contrariorum refutatione. II. III. IV. V. VI.

Quotuplex mutatæ voluntatis modus seu gradus in donatore. Et an quilibet revocationem transferat ad heredes. VII. VIII. IX.

Contrariis occurritur. X. XI.

Inimicitiæ capitales sine alia testatione pœnitentiam, adeoque revocationem non probant. Et quare aliud in legatis. XII.

I. His matribus exceptis ius est perpetuum, revocationem donationis ex supra scriptis caussis ingratitudinis tributam esse donatoribus omnibus adversus omnes, qui donatum accepissent. Huic iuri consequens videbatur eamdem itidem tribuendam donatoris heredibus, & adversus donatarii heredes, ut sunt regulæ iuris communes de actionibus in personam transmittendis, ut mox dicetur. Sed hoc de heredibus donatoris non omnimodo placuit: de heredibus donatarii ambigitur, & in utroque magna obscuritas est ex verbis constitutionum, quibus de hac re cautum est. Quod cum pertineat ad personas eorum, inter quos hæc obligatio & repetitio constituta est, atque adeo tantumdem de priore donatoris iure adimatur, ac de his personis nunc agimus: omnino res postulat, ut hoc loco de utroque dicatur. Et de heredibus donatoris ita cautum est constitutionibus, donato-

rem ex supra scriptis caussis donationem mutata voluntate revocare posse: sed donatorem tantum: ad hoc autem beneficium heredes eius non pertinere. *L. 1. C. de revoc. donat.* Item, actionem quæ matri ad revocandam donationem competit, non tribui eius heredibus, *L. his solis*, vers. *actionem*, *C. eod.* Et quod apertius de re tota comprehensum est lege Iustiniani, *d. L. ult. C. eod.* si donator tacuit, si de ingratitudine donatarii querelam non movit, silentio eius donationem confirmari, nec concedi eius successoribus suscitare querelam, quam donator silentio omisit.

II. Hic statim occurrit contra regula perpetui iuris de actionibus ad heredes transferendis. Sic enim ius est, omnem actionem in personam, quæ alicui competit, si pœnalis non est, sed rei persecutionem continet, etiam competere heredibus, utpote universi iuris defuncti successoribus. *L. quod diximus*, 16. *§. ult. D. quod met. caus.* *L.* 4. *§. ult. D. de alien. iudic. mut. cau. fac.* At revocatio & repetitio rerum donatarum ex caussis ingratitudinis, est actio in personam, quippe donatori adversus donatarium, non autem adversus possessorem constituta. *d L. ult. de revoc. donat.* Sed & talem esse satis aperte indicat *L. his solis*, versic. *actionem*, *C. eod.* Ac de eo dicetur paulo post suo loco. Eadem etiam pœnalis non est, sed rei persecutionem continet. Persequitur enim id quod donatori abest, quæ definitio est huius generis actionum in *L. in honorariis*, *D. de oblig. & act.* Quare ex iure superiore perpetuo etiam donatoris heredibus tribui debuit. Dicet aliquis, singulare hic ius esse, constitutum excipiendæ huius repetitionis caussa ex numero reliquarum ordinariarum actionum, quia ipsa extra ordinem constitueretur præter conventionem. Sed hoc ad defensionem non est satis. Qualiscumque enim actio & petitio est, & quacumque de caussa constituta, simul atque alicui tributa est iure, ita ut in persona eius consisteret, necessaria consequentia eius iuris etiam ad heredes eius transit, quanvis sit ad rescindendum ius civile constituta, ut restitutio in integrum. *L. non solum*, *D. de in integr. rest.* Ideo etiam quæ sunt ex maleficio quamtumvis pœnales & odiosæ, dantur tamen heredibus, excepta iniuriarum actione. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Idque ratio iuris efficit. Nam si hereditas est successio in universum ius quod defunctus habuit. *L. hereditas*, *D. de regul. iur.* heredis hæc persona est, ut succedat in omne ius defuncti, ut & succedit, *L. heres in omne*, 37. *D. de acq. hered.* In iure autem & bonis defuncti numerantur maxime actiones, & persecutiones, quas ille iure sibi tributas habuit. *L. bonorum*, *D. de verbor. signific.* Scio excipi iura personalia, eorumque actiones. *L. non solum*, *§. tale*, *D. de lib. leg.* Sed revocatio rei donatæ, cui non persona locum facit, sed caussa, quia scilicet ingratitudo a donatario admissa est, nequaquam existimari potest ius personale. *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. iur.* Excipitur etiam iniuriarum actio *d. §. 1. de perp. & temp. act.* Sed illa pœnalis est: hæc rei persecutionem habens, quæ ideo longe dissimili in caussa habetur, ut ante ostendi. De quo etiam plura postea. Quapropter nulla ratio est iuris, quæ hanc repetitionem, cum semel donatori competierit, heredibus eius eximat. Atenim exceptam esse apparet, inquies Sic enim verba sunt constitutionum, ut detur hæc repetitio donatori, denegetur eius heredibus. *d. L. 1. L. his solis*, *L. ult.* in fin. *C. de revoc. donat.* Sed de verbis constitutionum non ambigitur. Hoc quæritur, an quia non datur heredibus, admittere debeamus exceptum esse a reliquis. Quod si fit, parata est eadem reprehensio. Non enim debuit excipi sine caussa, cum sit adversus ius bene constitutum de actionibus ad heredes transmittendis. *L. penul. D. de in integr. restitut.* *L. etsi*, *D. de regul. iur.* Nulla porro hic idonea caussa reddi potest, cur ea actio, quæ magna æquitate tributa est donatori, & tributa ob singularem turpitudinem donatarii, in gratiam delinquentis denegetur donatoris heredibus.

III. Et res ita habet. Neque hic quidquam non recte constitutum, neque adeo superioribus regulis iuris adversatur, ut dici debuerit ab his exceptum, & exceptionis quærenda ratio, quæ & re vera nulla est. Quod enim dicitur actiones in personam, quæ alicui dantur, etiam ad heredes eius transire, manifestum est de his dici, quæ defuncto quæsitæ ei competere cœperant, aut mortuo eo perinde habentur, quasi competere cœpissent. Quod accidit in his, quæ alicui sine conditione dantur, aut dantur quidem sub conditione, sed quæ vivo eo aut mortuo extiterit. Sic enim priore casu vere actio fuit defuncti in quam propterea hereditatis iure succedit heres: posteriore autem spes quidem tantum conditionalis obligationis: sed & hæc spes extra legata ad heredem transmittitur. *§. ex conditionali*, *Instit. de verbor. obligation.* Quod si cui actio ali-

aliqua quæsita non esset; aperte ad eam superior definitio iuris non pertinet. Absurdum sit enim dici, eam actionem ad heredem transire, quæ nulla unquam in persona defuncti constiterit. Atque hoc tunc accidit, cum actio tribuitur alicui sub conditione, eaque conditio vivo creditore deficit. Sic fit, ut in hoc genere non modo non adversetur superioribus regulis iuris, sed etiam maxime his consequens sit, actionem ad heredem pertinere non posse. Non sane quia excipiatur hic aliqua species, quæ cum fuerit defuncti, ad heredem non transeat: sed quia hic nihil fuerit defuncti, quod transiret ad heredem successionis iure. Certi enim iuris est, quod sub conditione defertur, deficiente conditione nec datum videri: sicuti nec quod debetur sub conditione, ante debetur, quam conditio extiterit. *L. cedere, D. de verbor. significat. §. sub conditione, Instit. de verbor. oblig.* Atqui hoc evenit in reliquis omnibus actionibus, quæ ex præcedentibus iustis caussis alicui constitutæ sunt, ut tribuantur ei sine ulla conditione: certe sine hac, si is velit sibi actionem dari, cui tributa est. In revocatione autem donationis omnis ita ius est, ut quanvis ex iustis caussis præcedentibus sit constituta, ut hæc ipsa de qua agimus, ex caussis ingratitudinis antecedentibus; tamen non tribuatur donatori, nisi addita hac conditione, si eum pœniteat donationis, seu si mutaverit voluntatem. Quod nihil aliud est, quam si voluerit hanc revocationem sibi concedi. Sic enim verba sunt *L.* 1. *C. de revoc. donat.* donatio mutata donatorum voluntate revocanda est. Mutata voluntate donatorum, idest, cum donatores mutaverint voluntatem, ut donationem manere nolint; seu si mutaverint voluntatem. Est enim hic ablativus absolutus: cuius generis ablativi in usu auctorum, & maxime iuris, resolvuntur in conditionem: ut, restituas hereditatem Titio, acceptis ab illo centum nummis; valet, si centum nummos tibi Titius dederit, tu acceperis, ut sit fideicommissum conditionale. [1] *L. a testatore, D. de condition. & demonstrat.* Et ne forte in hac specie id novum cuiquam videatur, idem apertius constitutum est in revocatione donationis inter virum & uxorem, quæ donatori tributa est nominatim hac conditione, si eum pœniteat in *L. cum hic status*, 32. §. *ait oratio. D. de donat. inter vir. & uxor.* quod nihil aliud est, quam id ipsum, quod supra diximus, si donator mutaverit voluntatem. Idem receptum in revocanda donatione, quæ in filiumfamilias a patre collata est. Hæc enim item & superior dicuntur confirmari & manere per silentium donatoris in *L. donationes quas parentes, C. de donat. inter. vir. & uxor.* quo significatur sic competere earum donationum revocationem, si donator non sileat. Cum autem in constitutione Iustiniani, *d. L. ult. de revoc. donat.* idem dicatur de donatione, de qua agimus, satis argumenti est, eum huius donationis revocationem concedere illa eadem conditione, si donator non taceat, idest, id dicat, quo declaret voluntatis mutationem, & uno verbo pœnitentiam. Iam vero hæc conditio, si donator mutaverit voluntatem, ita exsistit, si vivus mutet, si vivum pœniteat. Non mutata voluntate si decedit, conditio deficit. Inest enim hæc conditio, si velit donationem revocare, cuiusmodi conditio morte eius, qui velle debuit, extinguitur. *L.* 4. *D. locat.* Nam neque mortuus amplius velle potest; nec si velint heredes, quidquam perficiunt ad implendam conditionem: quoniam conditio hæc erat, non si heredes mutent voluntatem, sed si donator. Ipsi autem si mutent, nunquam tamen efficient, ut ideo videatur donator fecisse quod non fecit.

IV. Sequitur igitur, quod dixi, ut cum non mutata voluntate donator decesserit, quia defecit conditio, sub qua revocatio donationis concedebatur, ideo intelligatur nec revocatio illi ita competiisse, ut in persona eius consisteret. Atque hoc rursum si verum: fit cogentibus etiam regulis superioribus de iure transmittendarum actionum, & iure successionis, ut hæc eadem revocatio non possit transire ad heredes, quæ in iure defuncti non fuit. Heres enim successor est, sed qui succedat in id tantum, quod defunctus habuit, *d. L. heres in omne, de acq. her. L. hereditas, de reg. iur.* Et ut intelligatur certius istam caussam esse huius revocationis ad heredem non transmittendæ; simul atque sine hac conditione cœpit competere revocatio donatori, statim in ea caussa esse incipit, ut mortuo donatore tribuatur heredibus. Tunc

1) Ubi Bart. vid. Gribald. *ad Nub. D. sol. matrim.* Q. 9. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr* 1. *n.* 16. qui conditionem, quæ ex ablativis inducitur, maiorem vi n habere quam alias, & vim etiam dispositionis, quando testator, iusve utens, disponere potest. Coras. *ad L.* 2. §. 3. *de O. l. n.* 2. & 3. falsum hoc DD. axioma censet, quia magis accedere soleant dispositioni *L.* 2. §. *ult. mand.* & si quandoque faciunt conditionem, id non fieri ex vi vel natura ablativorum, sed quia expresse vel tacite actus ipse suspendeus exprimitur, aut eventus, in quem fit suspensio vid. Val. Guil. Forst. 1. *Obs. succis.* 10.

Tunc autem incipit competere donatori sine hac conditione, cum ille mutavit voluntatem. Sic enim implevit conditionem; qua impleta, incipit pura esse legis concessio. *Arg. in L. si pupillus, D. de cond. inst.* Atque eodem tempore etiam accidit, ut revocatio transmittatur ad heredes. De quo mox dicam.

V. Sed prius occurrendum est dubitationi, quæ hoc loco incidit. Etenim hoc responso videmur quiddam absurdius dicere, quam si hanc speciem singularis iuris esse, & a cæteris actionibus exceptum admitteremus. Quid enim caussæ dici potest, cur ex omnibus aliis caussis actiones tribuantur alicui simpliciter, certe sine hac conditione, si velit actionem sibi competere: solæ revocationes donationum tribuantur hac conditione, si donator mutata voluntate declaret se velle donationem revocare? Sed & hæc merito istis conditionibus distincta sunt. Differentiæ ratio est, ex voluntate actorum ducta, quæ voluntas in cæteris actionibus hanc conditionem non desiderat; in revocatione donationis desiderat. Nam cæteræ actiones non dantur adversus factum eorum, quibus tribuuntur. Unde nihil proponitur in his, cur non statim velint eas sibi competere, sic deinde se mortuis pertinere ad heredes suos. At revocationes donationum donatori constitutæ aperte tribuuntur adversus factum ipsius donatoris. Ipse est enim, qui donavit eo animo, ut vellet accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti. *L. 1. de donat.* Adversus quod factum cum rem revocat, palam est eum adversus factum suum facere, & se quodam nodo oppugnare. Sic omnes homines fere sunt affecti, ne velint a se donatum revocare, omninoque ad existimationem suam putent pertinere, ne revocent, ne scilicet videantur leves, aut avari, vel temere & indicio falsi contulisse beneficium in eos, quos non norant. Denique ut donatario ingrato constituto malint ingratitudinis turpitudinem tanquam infamiam in ipso auctore hærere, quam donationem ob quamlibet caussam revocando inconstantiæ & levitatis aut avaritiæ crimen subire. Quæ cogitatio etiam hanc mentem secum adfert, ut cupiant repetitionem donationis sibi concedi iure sub conditione si eos pœniteat; ne si forte simpliciter tribuatur, ipsis mortuis ad heredes eorum transeat, quod fortasse minime voluerunt. Quam coniecturam voluntatis secutæ constitutiones hanc etiam conditionem adiecerunt. Id autem factum esse constitutionibus eo consilio, ne revocatio daretur heredibus forsan adversus voluntatem eius, qui donasset, dum eam voluntatem præsumunt, quam dixi, declaratur oratione Severi in revocatione donationis inter virum & uxorem, ubi hæc ipsa ratio totidem verbis expressa est, *d. L. cum hic status, §. ait, de donat. int. vir. & uxor.*

VI. Sed meminerimus in constitutione Iustiniani non simpliciter revocationem donatoris denegari donatoris heredibus: sed sub conditione [1] si donator tacuit, si vivus querelam ingratitudinis non instituit. Proinde si non tacuit, sed aperte mutavit voluntatem, & donationem revocare se velle ostendit: intelligemus non tantum iure communi, sed etiam superioribus verbis eamdem revocandi potestatem heredibus tribui. Hæc necessaria collectio est, usitata iuris auctoribus in omni interpretatione legum, ut sive quid tribuatur lege sub conditione, hinc intelligamus sub contraria conditione denegari: cuiusmodi collectio est Papiniani in *L. 1. §. huius, D. de off. eius cui mand. est iurisd.* Sive quod denegetur sub conditione, hinc sub contraria conditione concessum intelligatur: collectio Ulpiani in *L. procuratorem, 8. §. si ignorantes*, in fin. iuncto §. seq. *D. mand.* Eademque interpretatio recepta in supremis voluntatibus, in quibus hæ sententiæ ratæ sunt, ut quod sub conditione testamento datum est, id sub contraria conditione ademptum; & contra quod ademptum est sub conditione, id sub contraria conditione eadem voluntate datum videatur. *L. quibus, 40. §. 2. L. aliquando, 107. D. de cond. & dem.* Recte utrumque & necessario ex natura conditionis; cuius additæ hæc vis est, ut quidquid sub conditione statuitur, id nisi conditio existat, placeat ratum non haberi. Ex quo est, quod placet in obligationibus & testamentis, si quid promittatur, legetur sub conditione, non prius deberi, exitum habere, quam conditio extiterit. *L. cedere, D. de verb. sign. L. si post. D. quand. dies ususfr. leg. ced.* Nihil autem interest, utrum dicamus deficiente conditione legem quid non dare, aut quid concedere: an vero sub contraria conditione idem non dare aut concedere: quoniam ubi deficiente priore conditione quid

[1] *C. ult. extra de donat.* Gomez 2. *Resol.* 3. *n.* 14. P. Greg. 28. *Synt. ult. n.* 8. quia, inquit, delicta sunt personalia & remissa videtur dissimulatione iniuria. Excipiunt, nisi nescivent ac repentina morte præventus, Catellia. Cotta *in Memor. v. donatio perfecta revocari potest, &c.* Beust. *ad L. 1. de iuram. n.* 195.

quid deneges, aut concedas, necesse sit in eo inesse hanc conditionem si aliter evenerit, quam prior conditio exigebat: quæ iam contraria priori conditio est.

VII. Hoc posito, quæremus iam in hac specie, quam in donatore mutationem & revocationem voluntatis accipere debeamus, ut decedente eo transferatur revocatio donationis ad eius heredes. Potest enim donator voluntatem mutare, & movere querelam ingrati donatarii tripliciter, vel ut extra iudicium tantum testetur se donationis pœnitere, atque hanc revocare; vel ut ad iudicium usque procedat litem movens donatario, & donata iudicio repetens. Idque rursum dupliciter, vel ut actionem instituat tantum, nec perveniat ad litem cum donatario contestandam; vel ut ad hanc ipsam contestationem perveniens iudicium, & iudicati actionem de rebus revocandis sibi constituat. Quæ omnia ad actiones transferendas aut perpetuandas non eamdem vim habere constat, §. 1. in fin. *Inst. de perp. & temp. act.* Quærimus igitur ad transmissionem huius revocationis, putemusne necessariam esse de revocanda donatione litis contestationem donatoris; an sine contestatione saltem necesse sit actionem de ea re instituisse; an vero etiam extraiudicialis mutatio voluntatis ad transmissionem sufficiat. Et de litis contestatione dubitari non oportet, quin si donator iudicio egerit adversus donatarium, & litem cum eo sit contestatus, deinde pendente iudicio decesserit, actio transeat ad heredes eius. Certi enim iuris est, actiones omnes, etiam eas quæ heredi, & in heredes nominatim denegantur legibus, si semel ab actore per litis contestationem iudicio inclusæ sint, ut perpetuæ fiant, ita & heredibus dari, & in heredes. *d.* §. 1. in fin. *de perp. & temp act. L. sciendum, D. de obligat. & action. L. ult. C. de hered. tut.* Itaque hoc ius etiam ad revocationem maternam pertinebit. Quod eo monemus, quia absolute scriptum est in *L. his solis*, versic. *actionem. C. de revocand. donat.* actionem, quæ matri datur ad revocandam donationem ab ingratis liberis, non tribui eius heredibus. Nos vero sciamus non prohiberi nos illis verbis, quominus si mater actione mota adversus filium etiam litem cum eo contestata sit, certo statuamus quandoque ea decedente actionem ad heredes eius transire, ex superiore regula iuris. Et merito. Iudicio enim, id est iudicio accipiendo, & litis contestatione contrahitur obligatio iudicati inter litigatores. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Omnis autem obligatio ex contractu transit ad heredes creditoris, *d.* §. 1. *Instit. de perp. & temp. act.*

VIII. Quid, si donator agere cœperit tantum, dum donatarium ingratum in ius vocat donata repetens, deinde morte præventus litem contestari non potuerit? Nihilominus ex verbis constitutionis revocatio dabitur eius heredibus. Exigit enim constitutio, ut donator querelam instituat prius. *d. L. ult. de revoc. donat.* Omnis autem querela, atque adeo actio omnis instituitur in ius vocatione. §. *ult. Instit. de pœn. tem. litig.*

IX. Quid, si extra iudicium tantum mutarit donator voluntatem? Hic plerique ambigunt, putantque hoc facto revocationem ad heredes donatoris non transire. Primum moti exemplo actionis iniuriarum, & similium, quæ heredibus non competunt. Nam hanc revocationem volunt esse ex iniuria, aut similem iniuriarum actioni. Moti præterea *d. L. his solis*, in vertic. *actionem*, ubi nominatim hæc actio & revocatio denegatur heredi matris donatricis, quanto magis heredibus extraneorum donatorum? Id autem hanc significationem habet, ut lite quidem contestata transire possit ad heredes actoris; ante autem non transeat, quæcumque voluntas actionis movendæ; atque adeo quæcumque actionis institutio præcesserit. Ut fit in actione iniuriarum tantum ideo quia heredi eius qui iniuriam passus est. *d. L. iniuriarum*, 28. *D. de iniur. d.* §. 1. *Instit. de perp. & temp. act.* Sed verius est, simulatque pœnitentia & mutatio voluntatis donatoris secuta est quanvis extra iudicium, moriente deinde donatore revocationem ad heredes eius transire. Ut puta, sufficiet hoc modo donatorem dicere testato, seu coram idoneis testibus: Ego illam aut illam iniuriam atque ingratitudinem passus sum a Titio, cui donavi nonnulla vel pleraque, aut etiam omnia. Hanc iniuriam ad animum meum revoco, & testor apud vos iam nunc animo donationem revocare, vel pœnitere me donationis. Eius rei mihi testes estote. Sufficiet, inquam, sola hæc testatio, ut donatore postea decedente revocatio detur eius heredibus. Id efficiunt aperte verba constitutionis Iustiniani *d. L. ult.* in fin *de revoc. donat.* Illic enim denegatur revocatio heredibus nominatim sub conditione, si donator tacuit. Ex quo intelligi dixi, si donator non tacuit, sed de pœnitentia & mutatione voluntatis testatus est; & ut loquitur eadem constitutio, si querelam de ingra-

ingratitudine donatarii prius instituit: revocationem eamdem heredibus concedi. Exigit ergo constitutio ad hanc transmissionem pœnitentiam tantum & mutationem voluntatis donatoris, & huius querelam, nec adiicit qualem; iudicialem puta, aut extraiudicialem. Proinde sive eum pœnitebit in iudicio, sive extra iudicium, ubi aperte de ingratitudine donatarii queratur, & se revocare donationem testetur, transmissioni locus erit ex constitutione. Ubicumque enim eum pœnitebit, quereturve, semper verum erit id factum esse, quod verbis legis continetur. Sic est interpretatio legum apud omnes auctores iuris, ut quoties lex generaliter scripta est, nec quidquam adiicit, quod ad hanc vel illam personam, vel rem, vel speciem scriptum referri intelligamus, toties putetur ea generaliter accipi debere, ut pertineat ad omnia, quæ verbis comprehenduntur. *L. metum*, 9. *§.* 1. *D. quod met. caus. L. item veniunt*, *§. petitam*, vers. *a quo*, *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de Publ.* Sed & hoc idem vel maxime declaratur exemplo donationis inter virum & uxorem. Nam & huius donationis revocatio donatori concessa est eadem ista conditione, qua revocatio donationis simplicis ex caussis ingratitudinis, nempe si donatorem maritum pœniteat, idest, ut nunc loquimur, si non taceat, si mutet voluntatem. Quod si non mutet, placet eodem modo silentio eius confirmari, ut revocandi potestas non detur heredibus. At pœnitentia & mutatio voluntatis in ea donatione sic accepta est, ut sufficiat donatorem ubivis etiam extra iudicium testari se pœnitere, placetque cum id fecit, revocationem heredibus eius tribui. *L. cum hic status*, 32. *§. ait* in fin. *D. de donat. inter vir. & uxor.* Quapropter & in donatione ob ingratitudinem revocanda, si idem donator fecerit, eodem exemplo revocationem tribuemus heredi, quando hæc revocatio eadem conditione atque iisdem verbis conceditur vel negatur in *d. L. ult.* in fin. *C. de revoc. donat.*

X. Non movebit nos ex adverso exemplum actionis iniuriarum. Constat quidem hanc heredibus eius qui iniuriam passus est, non dari, nec si qua est huic actioni similis, tantumque id contingere, cum lis erit de ea actione contestata, *d. §.* 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Sed revocatio, quæ conceditur ex caussa ingratitudinis non nascitur ex iniuria. Non nasceretur quidem ut plurimum revocatio, nisi donatarius fecisset iniuriam, ut indicant superiores caussæ ingratitudinis: sed prima caussa est ex eo, quod donatum est hac tacita conditione, ut revocandi ius esset, si donatarius se ingratum præberet, ut dicetur postea extremo loco. Et ut forte quis concedat revocationem esse ex iniuria: non est tamen hic actio iniuriarum ad revocationem, aut ulla iniuriarum actioni similis. Iniuriarum enim actio pœnalis est, *d. §.* 1. *Inst. de perp. & temp. act. §. pœna. Inst. de iniur.* Et huic similes etiam pœnales, qualis est actio in calumniatores. *L.* 4. *D. de cal.* Quam ob caussam etiam præter iniuriam denegantur heredibus. Argumento est, quod quæcumque rei persecutionem continent, etiam heredibus dantur, ut supra diximus. *d. §.* 1. *de perp. & temp. act. d. L. quod diximus*, *§. ult. D. quod met. caus.* At hoc etiam ante ostendimus, revocandam donationis, de qua agimus, rei persecutionem continere. Quo fit, ut contraria de caussa statui debeat hanc revocationem ad heredes transire, si donator voluntatem mutaverit.

XI. Sane in *L. his solis*, *C. de revoc. donat.* ita matri donatrici actio datur ad revocandam donationem ab ingratis liberis, ut absolute & nominatim denegetur eius heredi. Quod cum sit, nunquam actio ita constituta ad heredem eius, cui competebat transmittitur ullo facto, ullave testatione, ut in ius vocatione creditoris: sed ita, si indicio egerit, & litem cum adversario sit contestatus. Argumento est actio iniuriarum, quæ, ut dixi, heredi denegata legibus, ideo non aliter transit ad heredes, quam si erit lis eo nomine contestata. *d. §.* 1. in fin. *Instit. de perp. & temp. act. L. iniuriarum*, 28. *de iniur.* Sed hoc in *d. L. his solis.* singulari iure constitutum est in matre: id est ita constitutum, ut proprium esset matris, nec pertineret ad alios donatores. Sic enim verba sunt legis: *actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.* Si vellet lex commune ius esse, ineptum fuit ius nominatim ad matrem donatricem referri, quod ad omnes donatores ex æquo pertineret. Nunc autem ait lex, actionem autem matris *[illegible]*, ut hac adiectione aliorum donatorum de eadem re actionem removeret. Et ut quis dicat fortasse auctorem id non spectasse: tamen hoc tenebimus, cum id ius constitutum sit nominatim tantum in matre, sitque contra rationem iuris communis, quod est de transmittendis actionibus, esse ius eiusmodi, quod non sit producendum ad consequentias, etiamsi maxi-

maxime concederemus in donatorum extraneorum heredibus eamdem rationem aut maiorem efficere, ut his citius actio denegetur; utpote quibus minus debuerit donatarius natura. *L. quod vero, D. de legib.* Sed tamen ne similitudo illa rationis hic nos teneat; propriæ sunt in matre rationes, cur revocatio denegetur eius heredibus, quæ huius heredes recte distinguant a cæterorum donatariorum heredibus. Una ex affectu matrum petita. Nam cum sit naturalis & vehemens amor matrum erga liberos, ut ante dixi, verisimile est, eas nisi revocaverint efficaciter donationem, aut litem contestando novam actionem sibi quæsierint, morientes malle donatum apud filium quanvis ingratum manere, quam transferri forte ad extraneos. Sive quod illo amore cogente facile existimari potest iniuriam remisisse filio mater; sive quod nemo videtur alienas successiones suis anteponere. *L. cum acutissimi, C. de fideicom.* Altera ratio est, quam lex ipsa superior sibi proposuit. Quam enim actionem ad revocandam donationem matri dedit, ita dedit, ut vellet eam vindicationis effectum habere in revocanda donatione. Consequens igitur fuit, ut eumdem effectum constitueret in ea actione transmittenda. Is autem est inter cætera, ne daretur heredi, sicuti nec datur vindicatio.

XII. Matre ergo donatrice excepta constitutum hoc erit in omnibus donatoribus, ut quomodocumque testatus erit donator post ingratitudinem donatarii se pœnitere donationis, & donationem voluntate revocare, sive id faciat ultro agendo iudicio, sive extra iudicium nulla constituta actione, exinde revocandi potestas etiam tribuatur donatoris heredibus. Quo loco quæsitum scio, an ad hanc pœnitentiam, & revocationem probandam sufficiat intervenisse inimicitias capitales, vel gravissimas inter donatorem & donatarium, ut hæ solæ sine alia testatione sint argumentum mutatæ in donatore voluntatis, & donationis revocatæ, sitque hoc satis ad transferendam ad eius heredes actionem. Et in legatis putantur sufficere eiusmodi inimicitiæ, cum inter testatorem & legatarium intercesserint, ut existimetur testator mutata voluntate legatum ademisse. *L. 3. § ult. D. de adim. leg. L. si inimicitiæ, D. de his quæ ut. ind.* Quod 3 non item probandum est in ea revocatione, de qua quærimus. Prohibet enim Iustiniani constitutio, quæ post ingratitudinem donatarii exigit amplius ad revocationem transmittendam, ut donator non tacuerit, sed instituerit querelam ingratitudinis. Quod si ex ipsis inimicitiis intelligeretur statim revocata esse donatio, nihil ista nova testatione, & querela esset opus; sed tacente etiam donatore transiret revocatio ad heredes: quoniam non potuit magis donatarius declarare inimicitias, quam plerisque factis superioribus, quæ potuit Iustinianus inter caussas huius revocationis. Hoc autem contra constitutionem. Et certe alia caussa est supremæ voluntatis, in qua nihil turpe sit a testatore, si quovis modo legatum revocetur; cum natura sua ita sit suprema voluntas, ut sit ambulatoria usque ad supremum vitæ spiritum, *L. 4. D. de adim. leg.* Alia caussa donationis inter vivos, quæ ab initio voluntate donatoris perfecta sine aperta voluntate donatoris revocari ab heredibus eius non debet, utcumque donatarius in illum ingratus fuerit.

CAP.

3) Diss. post alios Mozz. *de Donat. Col. ult. n. 14.*

C A P. X X X.

Quæ donationis revocatio non potest incipere a donatoris heredibus, eam sic donatori revocanti tribui, ut ei non solum incipere possit adversus donatarium, sed etiam eo nondum mutata donatoris voluntate mortuo, adversus eius heredes. Unam caussam esse, in qua hæc revocatio pariter detur ab initio & donatoris heredibus, & donatori adversus donatarii heredes. Eam esse, cum quid nominatim donatum est ob caussam, ut donatarius quid faceret, aut non faceret, & caussa secuta non est.

An si vivente donatario tacuit donator, possit mortuo ab heredibus revocare donationem. I.
Quæstionis caussa & ratio. II.
Donatori liberum revocare quandocunque donationem, a donatario & ab heredibus. III.
Momenta definitionis. IV. VI. VII. VIII.
Contraria removentur. V. IX. X. XI. XII. XIII. XIV.
Superiorum collectio. XV.
Revocatio donationis ex quinta ingratitudinis caussa competit etiam heredi donatoris, & adversus promissoris heredes. XVI.
Contraria diluuntur. XVII.

I. HÆc de heredibus donatoris. Videamus de donatarii heredibus. In quo hoc quæritur, an quemadmodum donationis revocatio non competit heredibus donatoris, si is dum vixit, tacuit, nec verbis atque animo revocavit donationem: ita si tacuit donatario vivo, nec tribuatur ei adversus donatarii heredes: & in summa an quemadmodum heredi non datur, sic nec detur in heredem.

II. Quæstio anceps propter constitutiones de hac parte maxime parum dilucide atque adeo obscure scriptas. Et quidem ita scriptæ sunt, ut plerosque omnes induxerint in hanc sententiam, ut existiment, si donator adversus donatarium vivum querelam ingrati non moverit, nec dari ei querelam adversus donatarii heredes, quasi iniuria dissimulatione eius abolita, ut fit in actione iniuriarum. *§. ult. Inst. de iniur.* & quia iniuria cohæreat personæ. Hoc quidem pro explorato posuit [1] Baldus ad *L. 1.* & *L. his solis*, *C. de revoc. don.* Salicetus ad *L. 1. eod.* Nec temere omnino. Ipsa enim verba constitutionum prima facie hoc statuere videntur. Nam in *L. ult.* vertic. *ult. C. eod.* ita verba sunt: *hoc tamen*, id est hanc revocationem donationis quam dedimus, *usque ad primas personas tantummodo stare censemus*. Primas personas quas intelligat nisi eas de quibus ante continenter locutus erat Iustinianus? eæ autem sunt donator & donatarius. Quod si extra has personas non progreditur revocatio; nempe hoc significatur, non progredi ad heredes atque ita fieri, ut neque detur hæc revocatio heredibus donatoris, neque in donatarii heredes. Sed & in *L. his solis*, *eod.* diserte scriptum est, hanc revocationem nec tribui heredi, nec dari in heredem. Accedit non improbabile hoc argumentum superioris sententiæ, quod constat hanc revocationem donatoris heredibus denegari. *L. 1. d. L. ult.* in fin. *C. eod.* Sequitur enim, ut dicendum sit multo magis denegari in heredes: quia facilius detur aliqua actio heredi, quam in heredem, ut paulo post dicetur.

III. Nos autem potius ita statuamus, donatoris quidem heredibus hanc revocationem non competere, ubi donator tacuit, quia hæc in donatoris gratiam constituta sit: at donatori ipsi hac ipsa de caussa perpetuo dari dum vivit, non solum adversus donatarium, sed etiam adversus eius heredes, quanvis vivo donatario ullam quæstionem donationis non moveat.

IV. Huius sententiæ complura sunt argumenta, & ea certa, sive rem spectari placet ex regulis iuris communibus, quæ constitutionibus in hac specie non mutantur; sive ex verbis constitutionum huc pertinentium; sive exemplo similium revocatio-

[1] Et DD. communiter ref. Gomez. 2. Resol. 3. n. 14. quia statuunt actionem hanc descendere ex delicto ad vindictam,

cationum. Tot enim sunt, ex quibus huius sententiæ confirmatio ducitur. Primum illud prope exploratum ex regulis iuris certi. Omnis actio in personam rei persecutionem continens simul ut in aliquem cœpit competere, etiam in heredes eius competit, tantumque in heredes denegantur, quæ sunt pœnales. §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Adeoque id verum est, & perpetuum, ut quanvis actio sit ex delicto, si tamen rei persecutionem tantum contineat, nihilominus detur in delinquentis heredes. Exemplo est condictio furtiva; quæ cum nascatur ex certissimo delicto, nempe furto; tamen quia rei persecutionem habet, etiam heredem furis obligat. *L. si pro fure*, §. *ult. D. de condict. furtiv.* Iam autem ostendimus revocationem rerum donatarum, quæ persequitur id quod nobis abest, rei persecutionem continere. *L. in honorariis*, *D. de obligation. & action.* Quare in donatarium competens sub ea conditione, quæ mortuo donatario impleri potest, nempe si donator voluntatem mutaverit, etiam hac conditione impleta in donatarii heredes competet ex regula superiore. Cui regulæ congruit illa altera, qui in ius dominiumve alterius succedit, iure eius uti debet. *L. qui in ius*, *D. de regul iur.* Id cum ita sit, necesse est hoc ius etiam nunc post constitutiones posteriores manere, nisi specialiter sit immutatum. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* At nusquam posterioribus constitutionibus excepti donatarii heredes, in quos hæc revocatio non daretur, præterquam in matre donatrice, in qua ius singulare est, ut postea dicetur. Quinimo cum de heredibus ageretur tum in *L.* 1. tum in *L. ult.* in fin. *C. de revoc. donat.* utroque in loco solum donatoris heredibus nominatim hæc revocatio adempta est, de donatarii heredibus nullum verbum; ut potius contra intelligamus, quæ prioribus denegatur, in posteriorum persona relinqui. *arg. L. cum prætor*, in princ. *D. de iud.* Quidquid id est, certe nusquam in donatarii heredes denegatam donatori revocationem constat in superioribus constitutionibus. Quo fit, ut etiam post has constitutiones ius commune in hac revocatione manere debeat.

V. Nec ad donatarii heredes adversus regulas superiores excludendos quidquam profuerint illa verba *L. ultim.* in fin. *C. de revoc. donat.* hanc revocationem *usque ad primas personas stare* volumus. Nam ut concederemus his verbis contineri tam donatarium, quam donatorem, eoque iis-

dem verbis excludi utriusque heredes: tamen quia ambiguum & obscurum id est, nec actione in donatarium constituta, excipiuntur exprimunturque specialiter eius heredes; non est id satis, ut præter regulas iuris illos heredes exceptos intelligamus. Non enim a regulis veterum legum & constitutionum ita discedi placet, si quid deinde videri possit generaliter mutatum, sed si quid contra expressum sit specialiter, ut sunt verba *d. L. præcipimus*, in fin. *C. de appellat.*

VI. Sed & hæc sententia ex Ipsa constitutione Iustiniani attendenti liquido colligitur non uno modo. Primum in *extremo* de donatoris & donatarii heredibus loquens ita scribit: si donator tacuit, ut silentium nocuit vivo, sic se nec heredibus eius revocationem concedere vel adversus donatarium, vel adversus eius successores. Ergo si donator non tacuit, sed querelam instituit, hæc revocatio ex his ipsis verbis heredi dabitur, & multo magis donatori ipsi si adhuc vivat, idque & adversus donatarium, & adversus successores eius. Dixi paulo ante hanc collectionem ut necessaria est ex vi deficientis conditionis, ita usitatam esse omnibus iuris auctoribus. Videndum deinde, quomodo tribuatur hæc revocatio donatori *eadem lege* in versic. *ex his enim*. Nempe generaliter, ut fiat ei potestas simpliciter evertendæ donationis, nec adiicitur quamdiu, aut adversus quem. Unde intelligimus fieri ei potestatem donationis revocandæ quamdiu vivit, & adversus omnes ad quos pervenerit donatio. Proinde & adversus donatarium, & adversus heredem eius, qui in eam donationem successit. *argum. in d. L. metum*, 9. §. 1. *D. quod metus caus. L. item veniunt*, §. *petitam*, versic. *a quo*, *D. de hered. pet.* Dicet aliquis, hoc ita esse, nisi postea excludantur eadem lege donatarii heredes. Excipi autem illis verbis, cum iubet constitutio hanc revocationem stare usque ad primas tantum personas. Sed his verbis aut non continetur donatarius, aut si quis contineri putat, non tamen excluduntur eius heredes, quominus donator vivus & non tacens recte adversus eos experiatur. Ut paulo post ostendemus, cum de eo loco respondebimus ex professo.

VII. Tertio loco expendatur, & illud, quod scribit Iustinianus de heredibus *extremo loco*. Nam cum prius dedisset revocationem donatori adversus donatarium, restabat nisi quid exciperet de horum heredibus, ut intelligeremus eamdem revo-

cationem dari & heredibus, & in heredes, iuxta regulas iuris. De eo ergo cum ageret in *extremo*, quos hic excepit heredes? donatoris solum, quibus hanc revocationem se concedere negat: de donatarii heredibus in quos non daret, siluit. Vel hoc certissimum argumentum esse debet, quam revocationem heredibus ademerat, hanc illum relinquere in donatarii heredibus, quam det donatori adversus illos. Sive quod cum ex pluribus personis in quibus de eadem re his concedenda, aut deneganda agitur, quibusdam quid adimitur, recte placet cæteris id concessum videri. *L. cum prætor*, in pr, *D. de ind.* Sive quod qui ex regula generali præcedente speciem unam excipit, is exceptione ipsa regulam aperte confirmat in casibus omnibus non exceptis. *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa. D. de inst. & inst. leg.*

VIII. Postremo spectetur & ratio Iustiniani, cur velit ius esse donatori ex supra scriptis caussis ingratitudinis donationem revocare. *Ne sit*, inquit, *cuiquam licentia & alienas res capere, & frugalitatem irridere donatoris, & ipsum insuper donatorem suasque res perdere, & præfatis malis ab ingrato acceptore affici*. Quid horum non convenit in heredem donatarii res donatas donatori reddere recusantem si iure licet ei hoc facere? Sic enim & alienas res capiet, quæ per donatarium ad eum pervenerunt, & donatorem æque irridebit, atque defunctus ipse irrideret. Quinimo id etiam faciet ex persona donatarii: ad quem nisi prius pervenisset donatum, non perveniret ad eius heredem, eoque nec donatoris ab herede irridendi occasio. Simul donator eodem afficietur damno, & quam prius accepit a defuncto iniuriam, ea manebit. Cur dubitemus igitur ad quos legis ratio pertinet: ad eos etiam legem pertinere? *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Dabitur ergo donatori revocatio donationis adversus donatarium, ex superiore ratione; & quia eadem valet adversus donatarii heredem, etiam adversus hunc dabimus, ne fiat, quod lex adversus donatorem fieri noluit. Quod si exemplum huius sententiæ quæritur, est expositum in donatione inter virum & uxorem. Nam & cius donationis revocatio denegatur heredibus donatoris, itidem ut huius nostræ. Ipsi tamen donatori quamdiu vivit, datur etiam adversus donatarii heredes. *L. cum hic status, §. si divortium. D. de donat. int. vir. & uxor.* Quidui & ea de qua agimus, quando hæc eadem conditione datur donatori, & eodem silentio confirmatur?

IX. Sed opponuntur huic sententiæ tria illa, quæ attigi initio: de quibus iam respondebo ordine. Et in primis qui contra sentiunt, urgent illa verba, *d. L. ult.* vers. ult. *de revoc. donation.* Hoc, id est hanc revocationem donationis, quam donatori dedimus, volumus stare usque ad primas tantum personas.

X. Primas personas multitudinis numero cum dixerit, non possumus intelligere nisi plurium personas, & eorum de quibus prius locutus erat. Ergo non donatoris solius, sed & donatoris & donatarii, quos paulo ante nominaverat. Hoc autem stare videlicet hoc beneficium usque ad primas tantum personas, nihil aliud est, quam ad heredes, quæ sunt secundæ a defuncto personæ, non pervenire. Quod si ita est, excluduntur aperte his verbis ut donatoris, sic donatarii heredes, itque hoc modo, ut quemadmodum non tribuitur hæc revocatio donatoris heredi, sic nec detur in heredes donatarii. Quem locum etsi prius attigi: tamen quia de eo sibi plane satisfieri volunt, qui eo utuntur, dicam explicatius, quod ad eam rem conferatur. Hic vero nobis duplex responsio est. Primum hæc verba, usque ad primas personas, ambigua esse, ut ante indicavi. Possunt enim sic accipi ut modo dicebamus, & quidem, fateor maxime prioribus verbis convenienter, ut sit, usque ad primas personas donatoris & donatarii. Sed possunt etiam accipi hoc modo, ut non minus recte retineatur numerus pluralis personarum, ut sit, usque ad primas personas donatorum, & eorum quibus revocationem donationis dedimus. Hæc ambiguitas si explicatur sequentibus verbis legis, & ibi ad personas donatorum restringitur, hanc solum sententiam & interpretationem sequi debemus, ut faciendum esse docemur in *L. utrum, D. de her. pet.* Quippe in ambiguo sermone non utrumque dicit, qui loquitur, sed id tantum quod voluit. *L. 3. D. de reb. dub.* Non aliunde autem voluntas loquentis melius perspicitur, quam ex sequentibus, quæ explicationis vice subiici solent.

XI. At manifestum est in *eodem versu extremo ejusdem L. ultim.* Iustinianum dum priorem illam sententiam de primis personis explicare vult, detrahere tantum revocationem donatoris successoribus: de donatarii heredibus, ut adversus eos donatori ipsi deneget, nullum verbum facere. Ex quo apparet, eum superioribus ver-

verbis primas personas tantum donatorum intellexisse, ut quorum heredibus nominatim revocationem adimeret: donatarii autem personam non intellexisse, adversus cuius heredes revocationem non adimendo aperte adversus eos reliquerit. Sed etsi nihil adiiceretur in lege Iustiniani; sententiæ generalis & ambiguæ explicatio ex aliis locis recte peteretur. Qualiscumque est enim generalis concessio aut denegatio, ea sic accipi iubetur, ne pugnet cum aliis partibus & regulis iuris. *L. si quando*, in pr. *C. de inoff. test. L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* At in *L.* 1. *C. eod.* tantum hoc ius revocandi iubetur stare inter ipsos qui liberalitatem dederint. Quo dicto non adimitur ipsis adversus donatarii heredes. Sed & regulæ iuris actione in donatarium constituta etiam dant actionem in heredes. His posterior constitutio generalis non derogat, nisi quatenus specialiter contra quid expressum est. Ut ante diximus *d. L. præcipimus*. Demus tamen superiora verba accipienda esse de primis personis donatoris simul & donatarii. Hic altera nostra responsio est, eaque non paulo tutior, non ideo his verbis effici, quominus donatori ipsi perpetuo dum vivit revocatio tribuatur, cum adversus donatarium ingratum, tum mortuo eo adversus eius heredes. Quod enim Iustinianus iubet revocationem stare usque ad primas tantum personas, non simpliciter iubet, sed sub conditione quam postea subiicit, si donator scilicet tacuerit. Huius conditionis hanc vim esse, iam satis supra ostendi, ut si donator non tacuit, tum stare non debeat revocatio intra primas personas, sed progredi etiam ad personas heredum. Proinde si donator non tacuit, vis hæc est, ut dari debeat revocatio ex ipsa constitutione & heredi eius, & ei ipsi multo magis adversus donatarii heredes. Porro quandiu vivit donator, & revocat donationem, sive id faciat adversus donatarium, sive adversus heredes donatarii, semper verum est eum non tacere. Quare impleta conditione legis etiam ei adversus donatarii heredes revocatio semper dabitur. Neque ei oberit, quod forte tacuit donatario vivo. Non enim erat hæc conditio, si donator taceret aut non taceret adversus donatarium viventem; sed si taceret aut non taceret simpliciter, ut sunt verba constitutionis.

XII. Secundo loco opponitur. *L. his solis*, vers. *actionem*, *C. eod.* ubi in donatione matris diserte denegatur donationis revocatio heredi pariter & in heredem; heredi quidem matris donatricis, & donatrici ipsi in heredem donatarii. Et est ita, ut hoc in matre ita constitutum esse negari non possit. Sed quod de revocatione heredi matris donatricis denegata supra diximus; hoc idem de eadem matri ipsi adversus heredes donatarii denegata volumus intelligi; totum hoc ius videlicet singulare esse in matre, constitutum adversus rationem communem iuris, quo actiones rei persecutionem continentes & heredi dantur, & maxime ipsi creditori in debitoris heredem, cum sint actorum caussa comparatæ. Idcirco & matris revocationem in hac caussa exceptam videri debere ex numero reliquorum donatorum, & quod ius hic constitutum est, ut singulare non esse producendum ad consequentias. *L. quod vero. L. ius singulare, D. de legib.* Ac cur denegetur heredibus matris hæc revocatio, minus mirum potest videri. Nam quæ actio comparata est matris caussa iniuriam passæ, nulla iniuria est, si vetatur ad alios pertinere, qui idem passi non sunt. At hoc non videtur carere iniuria, si ipsi matri quæ iniuria affecta est, quandiu vivit, denegetur hæc actio quanvis adversus filii ingrati heredem: cum nullus sit favor heredis, cur actio alioqui non pœnalis adversus eum denegari debeat. Sed hoc eo iniquius, si cæteris donatoribus non denegetur hæc actio adversus donatarii heredes, ut volumus; matri soli denegetur adversus heredes filii; cum fuerit æquius matri consuli adversus filii iniuriam, qui adversus pietatem delinquendo, gravius multo crimen admisit. Sed & huic parti idem ille vehemens ac singularis amor matris in liberos caussam dedisse recte putetur. Nam si in delicto iniuriæ existimatur is, qui iniuriam passus est, nisi adversus delinquentem egerit, & litem contestatus erit, iniuriam quodammodo dissimulatione aut cessatione sua abolevisse, quo fiat, ne detur in heredem. *§. ult. Inst. de iniur. §. 1. Inst. de perp. & temp. act.* multo proclivius est existimari matrem superiore amore victam libenter & ex animo idem fecisse in ingratitudine filii, si priusquam litem de ingratitudine cum eo contestaretur, ille decesserit. Quo facto sequitur, ut in heredem filii dari non debeat. Huc accedit ratio *d. L. his solis*, quæ præcipue adversus heredes filii valet. Nam cum voluerit lex actionem matris quam ei ad revocandam ab ingrato filio donationem dedit, ita personalem esse, ut

ut tamen post iurgium cœptum haberet effectum [2] vindicationis: consequens fuit & illud maxime, ne ei daretur in heredem: quoniam vindicatio quæ adversus possessorem solum comparata est, adversus heredem nisi & ipse possideat, ante litem cum defuncto contestatam competere non potest. *L. si in rem*, 42. *L. si in rem*, 51. & *L. seq. D. de rei vind.*

XIII. Postremo ut existimetur hæc revocatio in universum nec dari donatori ipsi adversus donatarii heredes, satis argumenti videri possit esse in eo, quod heredi donatoris non datur. Facilius enim datur actio heredibus, quam in heredes, tanquam illud minus sit, hoc maius eoque & difficilius. Indicio sunt actiones pœnales: quæ omnes dantur heredibus excepta iniuriarum actione: at nullæ dantur in heredem. §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Quare si qua actio heredi non datur, consentaneum est multo minus in heredem dari. Nam cui denegatur quod minus est, multo citius denegatur quod est maius. Denegatur revocatio donationis heredibus donatoris. Denegetur igitur etiam donatori adversus heredes donatarii. Sed in hac argumentatione neque verum est quod sumitur, nec si verum sit, & efficiat quod vult, quidquam adversatur. Primum illud verum non est, maius esse heredi actionem dari, quam in heredem. Imo par utrumque & ex una eademque caussa nascitur. Quæ actio defuncto competierat, ea datur heredi: quia heres in ius defuncti succedit. Quæ competierat in defunctum, datur in heredem: quia eodem successionis iure heres ut in incommoda, sic in onera & incommoda hereditaria succedit. *L. heres in omne, D. de acq. her* L. 1. 2. 3. *D. de bon. poss. L. qui in ius, D. de reg. iur.* Ideo quæ rei persecutionem continent, ex æquo ut heredi, ita & in heredem competunt. §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Cur ergo pœnalis actio heredi datur, non datur in heredem? Non utique quia hoc maius & difficilius, quam illud: sed quia cum pœna constituatur coercendi delinquentis caussa: *L. si pœna, D. de pœn. L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Non est æquum heredes pœna teneri, qui ipsi nihil deliquerunt. *L. pen. D. de oper. nov. nunt. L. sancimus. C. de pœn.* Remove pœnam & delictum, tum par ius in utramque partem repereris, ut in actionibus rei persecutionem continentibus accidere ante diximus. Quod si etiam in his comparationem aliquam maioris aut minoris admitti placet, videamus ne dicendum sit potius, minus esse & tolerabilius actionem denegari heredi, quam in heredem. Nam ut paulo ante attigimus, nulla admodum iniuria est donatoris, creditorisve, si heredi eius denegatur actio, quæ non heredis, sed defuncti caussa comparata erat. At fit illi iniuria, si quam actionem æquum erat illi dari, ea quandoque ei dum vivit, denegetur nullo facto ipsius amissa. Id autem fit, si illi vivo denegetur in donatarii heredem.

XIV. Sed volo totam argumentationem admitti, & recte ita colligi, quæ revocatio in proposito denegatur heredi donatoris, hoc ipso etiam in heredem donatarii denegari debere. At concedent omnes hoc ita accipi debere, dum qua conditione denegatur heredi, eadem denegetur & in heredem. Ut hæc in denegatione ista recte comparentur. Hac vero conditione admissa, etiam argumentum pro nobis facit. Denegatur enim hæc revocatio heredibus donatoris hac conditione, si donator tacuit. *d. L. ult.* in fin. *de revoc. donat.* Quo effici ostendimus, si non tacuit, eandem revocationem tribui heredibus. Quapropter hac eadem conditione dicendum fuit denegari etiam donatori in donatarii heredes, si videlicet donator ipse tacuit. Quod si non tacet, iam sub contraria conditione ei perpetuo concedi. Atqui hoc posito, fieri non potest, quin volenti ei semper detur adversus heredes. Quandocumque enim donator adversus eos agere volet, & querelam revocandæ donationis instituere, semper constabit eum non tacere, atque ita implere conditionem lege constitutam, qua illi donationem revocare conceditur. Non enim, ut dixi, hoc illi ita permittitur, si non tacuit vivo donatario, sed simpliciter si non tacuit.

XV. Summa igitur iam sit hæc de donatoris, & donatarii heredibus, quando illis & adversus hos detur aut denegetur donationis revocatio ex supra scriptis caussis: donatoris heredibus revocationem hanc non tribui, nisi donator vivus mutaverit voluntatem. Hac ante mutata licet

2) Cuiac. 4. *Obs.* 19. vox *vindicationis* exponit id est vindictæ ultionis, quia mater iniuriam suam ulciscatur potius quam rem persequitur. Notatus ab A. Gentile 1. *Epist. & Lect.* 18. quia nunquam ita in toto Codice nec Digestis sumitur. Adde quod oppositio ibi actionis in personam & vindicationis. Quæ vero ad vindictam datur itidem est in personam; Sic igitur species generi opponeretur.

cet extra iudicium, revocandi potestatem ad heredes transire. Ac donatori ipsi quamdiu vivit, revocandi ius esse etiam adversus donatarii heredes, quanvis vivo donatario tacuerit. Unam matrem donatricem in hac re excipi, cuius actionem placet nec dari in heredem, nec tribui heredi sine ulla conditione in *d. L. his solis*.

XVI. Sed meminerimus hæc de heredibus donatoris & donatarii tunc locum habere, cum donatio revocatur ex iis caussis ingratitudinis, quæ conventionem faciendi adiunctam non habent, quales sunt priores illæ quatuor enumeratæ constitutione Iustiniani, qualis in liberto obsequiorum erga patronum neglectus, de quo in *L.* 1. *C. eod.* Quod si quid donatum sit nominatim hac lege, ut donatarius quid faceret, & is facere noluerit, quam quintam ingratitudinis caussam posuit Iustinianus: dixi initio in caussis ingratitudinis exponendis. Et hic explicandi locus est, ex hac caussa condictionem esse ob caussam dati caussa non secuta. *L.* 2. *L.* 3. *L. dictam*, *C. de cond. ob cauf. dat.* De hac condictione sciamus hoc ius esse ut quemadmodum in rebus aliis datis ob caussam permutationis caussa, sic in rebus quoque ob caussam donatis detur 3 heredibus donatoris. *L.* 2. *C. de cond. ob cauf. dat. L. cum veterum. C. de donat. propt. nupt.* Eademque detur adversus heredes donatarii. *L. dictum*, in fin. *C. de cond. ob cauf.* Et vero si id ius est in iis omnibus, qui ob caussam quid dederunt, multo magis valere in rebus ob caussam donatis: quia quo magis gratuitum beneficium est, eo indignior ingratitudo donatarii, quæ beneficium retineat. Quapropter etiam in donatione materna idem dicemus, ut si quid donaverit filio forte hac lege, ut se aleret, & ille cum posset non aluerit, non solum detur matri donati repetitio adversus heredes filii: sed etiam matre cum silentio mortua detur matris heredi: tametsi in *d. L. his solis* nominatim huius heredi denegetur revocatio, & matri ipsi denegetur in filii donatarii heredes. Hoc enim illic nominatim denegatur, cum revocatur donatio propter ingratitudinem, ut initio eius legis cautum est. Nunc autem superiore conventione donationi imposita, si ei non paretur, revocatur donatio propter conventionem, qua etiam id actum est, ut ob caussam datum redderetur caussa non secuta. *L. si extraneus*, *D. de cond. cauf. dat.* Sic porro est conventio legitima omnis, ut eius petitio detur heredibus creditoris, & detur adversus promissoris heredes, *L. viæ*, 17. *D. de servit. L. heredes*, *§. an ea*, *D. fam. erc. L. si pactum*, *D. de probat.*

XVII. Dicet aliquis, si hic propter conventionem donati revocatio est, male Iustinianum, qui superiorem caussam revocationis inter ingratitudinis caussas retulit. *d. L. ult. de revoc. donat.* Quod si ille recte, nos male, qui eam caussam alio referimus. Imo recte utrumque, ut iam supra in explicatione harum caussarum respondimus. Cum enim legem donationi dictam donatarius non implet, cum potest, duæ sunt hic caussæ ad revocandam donationem, ingratitudo donatarii, & conventio. Qua ingratitudo est, recte refertur hæc caussa inter caussas ingratitudinis, & ad hunc locum pertinet revocatio. Qua conventio spectatur, aliena ab ingratitudine revocatio est, pertinetque ad condictionem ob caussam datorum caussa non secuta. Quo & relatam videre est in *L.* 2. *L.* 3. *L. dictam*, *C. de cond. ob cauf.* Sed huic distinctioni obstare videntur verba *d. L. ult. C. de revoc. donat.* Nam cum Iustinianus initio eius legis enumerasset quinque caussas ingratitudinis, ex quibus donationis revocationem daret, inter quas nominatim posuisset quintam istam, quæ ex conventione donationi imposita nascitur: de his omnibus postea ita cavet, ut ex his tantummodo velit esse ius revocandæ donationis. Mox in *extremo* subiicit, *hoc tamen*, idest istam revocationem, quam ex supra scriptis omnibus caussis concesserat, se velle stare usque ad primas tantum personas, ita ut eam deinde nominatim deneget heredibus donatoris. Quibus verbis aperte etiam ex supra scripta quinta caussa ingratitudinis revocationem heredibus adimit. Et hoc ita est. Denegat Iustinianus heredibus etiam ex hac caussa revocationem, sed quatenus ex hac caussa revocatur donatio tanquam ex caussa ingratitudinis. Quod si revocabitur tanquam ex conventione, quod facere expedit heredibus, hic iuri communi locus erit. Nec impediet Iustiniani constitutio, quæ de ingratitudine loquitur, non de conventione. Nihil autem vetat eiusdem rei concedendæ, aut denegandæ plures esse caussas, quarum una sublata, nihil-

3) Si tamen conventiones heredes quoque respiciant, non si donantis personæ cohærent, veluti ut alatur, hospitio recipiatur, &c. Nam si id non præstitum donanti remisisse videtur, dum non exegit, Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 2.

nihilominus altera uti liceat. Defenditur iusiurandum propter religionem: sed defenditur & propter conventionem. *L. sed etsi servus, D. de iur.* Sic & contra improbatur factum donatarii legi dictæ non parentis, propter ingratitudinem quidem, sed non minus & propter conventionem, ex qua ius semel donatori quæsitum invito postea aut heredi eius adimi non potest. *L. ult. D. de pact. L. pen.* in fin. *D. quæ in fraud. cred.*

C A P. XXXI.

Ex caussa ingratitudinis semper esse donationis revocationem adversus ingratos etiam rebus a donatario ante litem motam alienatis, præterquam matri donatrici adversus liberos. Tum quæ ad res donatas repetendas ex hac caussa sit actio. Hanc non vindicationem, sed condictionem esse. Eam ex obligatione esse; obligationem ex contractu; Contractum ex genere eorum qui re fiat: Cui detur; Adversus quem; Quid in eam veniat.

Rerum nexus, & continuatio. I.
Falso plerique putant ab ingrato donatario revocari posse res donatas, si possideat: secus si desiit possidere. II. III. IV. V.
Exceptio. VI.
Actio donatori prodita ad donationem revocandam ex ingratitudinis caussa non est in rem actio. VII.
Exceptio duplex: Et quæ utraque. VIII.
Refellitur Accursius. IX.
Quæ proximæ definitionis utilitas. X.
Actio illa est in personam. XI.
Ideo ex obligatione, obligatio ex contractu; & hic ex iis qui re perficiuntur. XII.
Ex contractu quin sit minime dubitandum; & quare. XIII.
Refelluntur obiecta, & definitionis ratio illustratur. XIV.
Actio ista quæsita donatori eidem competit, eiusque heredibus adversus donatarium, eiusque heredes; & quare. XV.
Exceptio unica & qualis. XVI.
Brevis eorum enumeratio, quæ in hanc actionem veniunt. XVII.

I. Quibus ex caussis ingratitudinis sit donationis revocatio, ex his caussis ut non sit infirmatio ipso iure, sed revocatio iure concessa, tum quibus & adversus quos hæc revocatio concessa sit, exposuimus tribus locis præcedentibus. Quartus erat locus, ut quæreremus, an ex superioribus caussis, & in iis personis quas diximus [1] semper esset hæc revocandi potestas.

II. Hoc ideo quærimus, quia plerique putant hanc revocationem donatori quanvis revocare cupienti competere sub conditione, si quo tempore ingratitudinem admisit donatarius, vel quo tempore cum eo agitur ad revocandam donationem, reperiatur ipse res donatas possidere. Quod si ante eas res vendiderit, donaverit, permutarit, vel quo alio modo alienaverit, eum amplius non teneri. Falsa sententia; sed tamen iustus error. Errori caussam præbuerunt verba *L. his solis, de revoc. donat.* ubi ita scriptum est: *cæterum quæ ante inchoatum cœptumque iurgium vendita, donata, permutata, in dotem data cæterisque caussis legitime alienata sunt, minime revocamus.* Quæ verba sic acceperunt, non revocamus a liberis ingratis, iisdemque donatariis. In qua sententia est Baldus eo loco, quam & pro explorata posuit. Et ne videretur non certum posuisse, addidit hanc rationem non dubiam, quin ex regulis iuris sumptam; quæ legitime gesta & perfecta sunt, nullo superveniente facto, ac ne delicto quidem infirmari. *L. in ambiguis pro dotibus, D. de reg. iur. C. factum, extr. eod.* Qui cum animadvertendus sit error, & tamen facile capere possit incautos, putavi locum nobis attin-

[1]) Quid si pactum iuratum de non revocanda donatione ob ingratitudinem adiectum? Revocationem impediri tradunt, quos refert & sequitur Beusth. *ad L. 1. de Iurei, n.* 189. add. Io. Gutierez. *de Iuram. confirmator. P. 1. Cap. 10. n.* 6. Quod non probandum, quia pactio hæc qua dolus committendus remittitur, aperiturque licentia ingratitudinis committendæ, iureiurando firmari nequit. Ex qua ratione Gomez. 2. *Resolution. 4. n. 14.* non posse huic iuri renunciari, scribit.

attingendum, ne & ipsi in eundem errorem incurreremus.

III. Sic autem habendum omnino est donatarium postquam se ingratum praebuit, obligari ad res donatas reddendas iis, quibus eum teneri supra diximus, sive res donatas adhuc possideat, sive facto suo desierit possidere. Id certis minimeque obscuris argumentis demonstratur. Nemo qui ad aliquid praestandum obligatus est, ullo facto suo, puta interemptione, manumissione, alienatione rei debitae, potest obligationem suam tollere, seu se liberare invito adversario. *L. si servum*, 91. *§. nunc videamus*, *D. de verb. obl.* In quam sententiam sunt & illa: Culpa debitoris perpetuat obligationem. *d. L. si servum*, *§. sequitur*. Ubi culpa accipitur, si ipse rem debitam vel occidit, vel manumisit, vel alienavit. *ead. L. servum* in pr. Item: debitor neque vendendo, neque donando, neque legando vel fideicommissum relinquendo conditionem creditoris sui deteriorem facere potest. *L. debitorem*, *C. de pignor.* Et generale illud, ex quo sunt superiora; nemo omnino potest alterius conditionem facere deteriorem. *L. solvendo*, 39. *D. de neg. gest. L. non debet alteri*, *D. de reg. iur.* Neque hoc ius valet tantum adversus eos debitores, qui pure rem debuerunt, deinde eam alienant: sed pertinet etiam ad eos qui debuerunt sub conditione, & pendente conditione aliquid eorum, quae supra scripta sunt, in re debita fecerunt. Quandocumque enim exsistet conditio postea, retroversus obligati intelliguntur non aliter, quam si obligatio a principio esset sine conditione constituta, ut de iis omnibus quae ante evenerunt, eodem modo teneantur. *L. necessario*, in pr. illic, *idem Pomponius*, *D. de peric. & com. rei vend. L. potior*, *D. qui pot. in pign. hab.* Iam vero donatarius donatori obligatus est ad res donatas reddendas, si se ingratum praebuerit. Indicat definitio obligationis. Is enim obligatus est, qui adstringitur necessitate alicuius rei praestandae ex definitione *Inst. de obl.* in pr. Hac necessitate rerum reddendarum obstringi constat donatarium donatori ex constitutionibus superioribus. Obligatus est igitur donatarius ad eas res praestandas. Ex quibus efficitur eum nulla alienatione rei donatae, nullo denique facto suo posse se ea obligatione liberare. Nec ad rem pertinet, quod ad eam praestationem obligatus est sub conditione si fuerit ingratus, & pendente hac conditione, id est ante ingratitudinem res donatas alienavit. Iam enim dixi idem iuris esse in eo, qui pendente conditione id faciat, quod in eo, qui cum pure deberet, idem postea fecerit. Argumentum huius sententiae non obscurum in *L. ult. §. sed quia*, & deinceps, *C. com. de leg.*

IV. Adde his, quod actio quae donatori datur ad res donatas revocandas, est actio in personam, ut sequenti loco dicetur. Nulla porro actio in personam exigit, ut debitor possideat rem debitam, quo possit eo nomine conveniri. Hic enim convenitur non res debita; sed persona: quae sive rem debitam habeat, sive non habeat, semper hanc praestare debuit. Proprium hoc est actionum in rem, ut solum his conveniatur, qui possident. *§. 1. Inst. de act.* Inepte igitur exigatur in hac actione, ut donatarius res donatas possideat, quo de his recte conveniatur.

V. Postremo statuere rebus ante ingratitudinem admissam alienatis donatarium liberari, sententia est partim in fraudem superiorum constitutionum, partim turpis & bonis moribus contraria. Proinde utroque nomine & falsa, & maxime repudianda. Primum in fraudem superiorum legum. Etenim hac sententia admissa, inventa erit ratio, qua impune donatarius iniuriam faciat donatori, eumque irrideat, nec sit revocatio ulla donatori ob ingratitudinem. Nam donatarius improbus, qui meditatus erit animo iniuriam adversus donatorem, facile ante iniuriam factam alienabit res donatas, ut his alienatis non teneatur. Sic deinde aggredietur facere iniuriam, quam animo conceperat. Ita fiet, ut dixi, ut nulla sit revocatio donatori, quamvis ea passo, propter quae constitutionibus revocatio conceditur. Quod est aperte adversus id, quod superiores leges fieri voluerunt, eoque in fraudem earum. *L. contra*, & *L. seq. D. de legib.* Certi autem iuris est, non minus improbari, quae fiunt in fraudem legum, quam quae fiunt aperte contra leges. *L. non dubium*, *C. de legib.* Eadem sententia turpis est & contra bonos mores. Invitat enim donatarium ad delinquendum impunitate iniuriae proposita. Cuiusmodi sententiae, ut pactiones omnes eodem genere turpitudinis laborantes, iure civili improbantur. *L. illud*, *D. de pact. dot.* Tenebimus igitur, quod dixi, donatarium simulatque quid admiserit eorum, quae in aliquam caussam ingratitudinis incurrunt ex superioribus, donatori volenti & mutanti voluntatem teneri ad res donatas reddendas, sive eas habebit, sive

five facto fuo quandoque etiam ante ingratitudinem a se amiserit. Et si res non exstabunt, teneri, ut præstet æstimationem, quæ & ab eo peti potest. *L. in re furtiva, D. de cond. furt.* Quod si eadem ista obligatione tenetur filius ingratus matri donatrici, non dubitabimus etiam huic adversus filium ingratum eandem actionem dare, quanvis rebus iam multo ante a filio alienatis.

VI. Non debuit mutari hæc sententia propter *L. his solis. C. de revoc. donat.* Verba integra hæc sunt: *Quidquid igitur is qui a matre impietatis arguitur, ex titulo donationis tenet, eo die, quo controversiæ qualecumque principium iussu iudicantis datur, matri cogatur reddere. Ceterum ea, quæ ante adhuc matre pacifica iure perfecta sunt, & ante inchoatum cœptumque iurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque caussis legitime alienata, minime revocamus.* Equidem hæc verba, minime revocamus, sic accipi debere agnosco, ut significetur alienata minime revocari a filio. Prius enim Imperatores dederant matri donatorum revocationem adversus filium, qui res ex donationis titulo tenebat. Nunc, cum per adversativam negant se alienata revocare, necesse est intelligi, hoc sentire eos, non se ea revocare a filio, qui iam res non tenet. Alioqui revocationem non adversus filium, sed adversus possessores rerum denegando, nihil prioribus contrarium per adversativam subiicerent. Sed apparet tota ea lege in matre donatrice donationem in liberos collatam ex caussa ingratitudinis revocante ius singulare esse constitutum. Primum illud, quod volunt, repetitionem matri non dari, nisi ex quo ab ea lis iudicio mota est saltem per in ius vocationem. Deinde quod mutata voluntate matris, & vocatione in ius secuta, si non longius lis processit, denegant actionem matris heredibus, & donatrici ipsi adversus donatarii heredes. Adde iam hoc tertium, quod si quid matre pacifica ante iurgium cœptum alienatum sit, volunt cessare donationis revocationem. Si priora duo nova in matre ut supra ostendimus, cur miremur & tertium nove in matre constitutum? Cur ergo in matre hoc quoque tertium? Propter affectum scilicet matris in liberos, qun victa facile existimari potest, quamdiu illa nullam litem de ingratitudine liberorum instituit, remittere liberis iniuriam, saltem ad hoc ut his liberum sit de rebus donatis statuere, ut velint, ut proinde adversus id, quod tacite promiserit, postea veniens non sit audienda.

VII. Restat postremus locus, ut constituta actione donatori ad revocandam donationem ex superioribus caussis ingratitudinis, videamus quænam sit hæc actio & cuius generis: ut norimus non solum quid contineat, sed etiam quam recte ad hunc locum de obligationibus, quæ re contrahuntur, hæc tractatio a nobis referatur. In quo illud quæritur primum, sitne in rem actio, an in personam. Tot enim genera actionum prima numerantur in *L. actionum, D. de obl. & act. §. 1. Inst. de act.* Ex quibus quid intersit, utram dicamus, definitis iis quibus, & adversus quos singulæ varie competant, ex iisdem locis cognosci potest. Ac primum illud statuendum est, actionem ad revocandam ex superioribus caussis donationem, in rem non esse. Id efficitur sua sponte positis iis, quæ supra secundo loco diximus. Ostendimus enim etiam post ingratitudinem donatarii nihilominus eum dominum manere, qui prius fuerat, nec dominium in donatorem ipso iure transire. Quod si verum est, donatori in hac specie in rem actio ad res donatas persequendas non potest competere. Hæc enim soli domino competit adversus eum qui dominus non est, quando duo domini esse non possunt in solidum. *L. in rem, 23. D. de rei vind. L. si ut certo, 5. §. ult. D. commod.* Et hoc satis declarat Iustiniani constitutio, quæ revocationem concedit donatori adversus donatarium: nusquam adversus rerum donatarum possessores, quod tamen proprium est actionum in rem. *d. L. actionum, de obl. & act. d. §. 1. de act.*

VIII. Animadverto tamen singulari iure in hoc genere ad revocandas res donatas duabus in caussis constitutam donatori utilem actionem in rem præter condictionem. Una est cum donator donavit ea lege, ut se donatarius aleret, neque aluit. *L. 1. C. de don. quæ sub mod.* Altera, cum quid donatum est a sponso sponsæ, aut a sponsa sponso propter nuptias, & vivo donatario nuptiæ non sunt secutæ. *L. cum veterum, C. de don. aut. nupt.* Quas etiam caussas duas in condictione ob caussam datorum attigimus, cum in his appareat quod donatum est, datum esse ob caussam ut aliquid sequatur. Sed possunt huc etiam non male referri propter ingratitudinem quæ admissa est adversus conventionem. Nam & hanc caussam revocandæ donationis numerat Iustinianus inter caussas ingratitudinis. *d. L. ult. de revoc. donat.*

IX.

IX. Enimvero his caussis exceptis, relinquitur in cæteris ius commune quod diximus, nunquam ex caussis ingratitudinis competere donatori actionem in rem ad res donatas a possessoribus revocandas. Non enim probandum est, quod Accursius. *L. bis solis, C. de revoc. donat.* etiam ex cæteris donationibus ad hanc revocationem utilem quoque vindicationem dedit exemplo donationis caussa mortis. In qua ad revocationem donationis & condictionem, & utilem in rem actionem dari legimus. *L. si mortis*, 29. *L. qui mortis, seq. D. de mort. caus. donat.* Non recte hæ donationes comparantur. Donatio simplex inter vivos semel perfecta nihil habet, quo veteri domino in iure dominii ante alienati sine nova traditione quidquam tribuatur. Donatio caussa mortis habet. Comparatur enim legatis per omnia, ut quod in legatis iuris est, id in mortis caussa donationibus accipiendum sit. *L. illud, D. de mort. caus. donat.* At legatum a testatore revocatum in bonis eius manet, tanquam nec alienatum. Quare & quod mortis caussa donatum est, si revocatum erit ex pœnitentia, redibit ita ad donatorem, ut in bonis quoque eius esse videatur; si non ipso iure propter alienationem præcedentem iure perfectam: at utili, propter similitudinem quam habet hæc donatio cum legatis. Ex quo & hic donatori actio in rem utilis, non directa. Cum nihil simile sit in donatione inter vivos, male conemur superioris donationis exemplo eandem actionem ad res inter vivos donatas revocandas transferre.

X. Constet igitur hoc iam, ad eam revocationem extra supra scriptas duas caussas actionem in rem non competere. Effectus animadversione dignus. Nam si proponas res a donatario alienatas vel ante vel post ingratitudinem admissam, & is solvendo non sit, res donatori perierint. Nam adversus possessores extraneos nulla est ei actio, cum actionem in rem illi ademeris. Adversus donatarium est in personam; sed inutilis propter eius inopiam.

XI. Restat igitur, ut quoniam donatori actio est ad donationem revocandam, sit genus alterum ex duobus, nempe actio in personam seu donati condictio: donatori videlicet quanvis non domino, adversus donatarium heredemve eius, sive is possideat sive non: non etiam adversus alios possessores rerum, quæ actionum in personam descriptio est. *d. L. actionum, de obl. & act.* Qualem & actionem hic constituit Iustiniani constitutio. *d. L. ult. de revoc. donat.* Sed & *L. bis solis, C. eod.* actionem aperte in personam esse ostendit, non eo tantum, quod personalem vocat; potest enim & rei vindicatio ita dici, quia personæ agentis & eius cum quo agitur, cohæreat, nec transeat ad heredes aut in heredes; sed ideo, quod eam actionem iubet vindicationis habere effectum in eo quod modo dixi de heredibus. Non diceretur vindicationis effectum habere, ut de directa & utili actione legimus in *L. actio, antep. D. de neg. gest.* Quod si hæc actio vindicatio non est, idest actio in rem, in personam esse oportet, & uno verbo condictionem, ut nominatur in *d. L. 1. C. de don.* quæ sub *mod.* Nam ut dixi, tot genera actionum non plura summa numerantur. *d. L. actionum, de obl. & act.*

XII. Quo constituto quæretur iam de genere & natura actionis. Genus ex caussa æstimandum. Etsi actio in personam est, constat esse ex obligatione, cum sit omnis actio in personam adversus eum qui nobis obligatus est. *d. L. actionum*, Quod si ex obligatione, erit etiam ex una aliqua harum quatuor caussarum, ex quibus obligationes nasci dicuntur, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio. Videndum igitur, ad quod genus ex his recte referamus, de quo video parum liquere. Ne multis morer, ubi non est admodum necesse, quod initio de hac repetitione statuimus, in eo & nunc permanemus, actionem hic esse ex obligatione; obligationem ex contractu & negotio gesto; contractum ex eorum genere in quibus re contrahitur obligatio. Unde hæc omnis quæstio & tractatio de donationis revocatione nobis hoc loco nata est. Et illud quidem constat, quæcumque hic obligatio nascitur, ex re tradita nasci, cum de re donata reddenda agatur. Neque enim reddi potest, nisi quæ prius fuit tradita.

XIII. De contractu ambigitur. Sed ne hoc quidem dubitandum, quin sit obligatio ex ᵃ contractu. Est enim ex conventione, & ea conventione, ex qua videmus actionem nasci. Quæ cum concurrunt, contractus est, ut initio contractum definivimus.

XIV. Sed ubi illa conventio, quæ non modo nusquam apparet, sed etiam verbis donationis videatur repudiari. Propo-

Tom. III. Oooo nimus

a) Quod non puto, vid. *supra Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15. Conventio enim duorum consensum exigit, quam hic deesse patet quoque ex iis quæ *Cap. seq. N.* 13. Et aperte *L. §. 1 de donat.* donantem ea mente esse ut nunquam ullo facto ad se reverti velit. Alias potius ex delicto eam oriri agnoscerem cum DD. & Rulanto *de Commiss. P.* 3. *Lib.* 5. *C.* 12. *n.* 29.

nimus enim res simpliciter & inter vivos donatas. Nempe ut in superioribus generibus datorum sic in hoc accidit, ut non sit conventio expressa de re reddenda, sed tacita: verumtamen quæ idem efficiat. Conventio autem hæc, ut quisquis donat rem aliquam simpliciter, etsi maxime de liberalitate exercenda cogitat; tamen tacite donare intelligatur hac lege, seu ob hanc caussam, ne a donatario sequantur ea propter quæ ob ingratitudinem constitutum est donationes revocari posse. Aut si secuta fuerint, ius sit per leges donata repetendi. Neque hanc conventionem nobis fingimus, ut hic ordinem a nobis institutum, aut divisionem a Iustiniano informatam de superioribus obligationum caussis quo iure quave iniuria defendamus. Sed hanc sententiam & conventionem contrahentium nobis suggerit Paulus in *L. 6. D. de solut.* qui conventionis omissæ subauditionem priore capite extremo positam defendens, hanc rationem adfert, quod ex iure sumitur id, quod agi videtur. Significans, cum incertum est, quid actum sit, seu quid convenerit in negotio gerendo inter aliquos, id actum videri, ut serventur omnia inter ipsos, quæ de natura eius negotii iure constituta sunt. At constituta est iure revocatio rerum donatarum adversus ingratos, si cui videatur ob ingratitudinem revocare. Quapropter secundum supra scriptam sententiam, intelligendus est donator in hunc ipsum casum sibi prospicere, atque id agere ut hoc ipsum ius sibi servetur in donatione, etsi de eo nihil exprimat nec alia conditione donatarius accipere donatum intelligitur. Quamobrem & hoc recte dicimus, omnem hanc revocationem rerum etiam simpliciter donatarum, repetitionem quoque esse datorum ob caussa caussa non secuta. Ubi res donantur inter cætera hac lege, ne donatarius turpiter & contra leges se ingratum præbeat; & contra se gerit postea. Idque ita fieri intelligitur, iure sententiam contrahentium ita interpretante, & quanvis verba desint, nihilominus eam sententiam præter verba benigne ex æquo & bono ita confirmante. Quam autem expediat, vel potius necesse sit hæc de caussa huius repetitionis statui, ex his quæ de indebiti condictione, & condictione ob caussam datorum supra disseruimus, sumi oportet. Nam & sine conventione eædem obiectiones hanc repetitionem removent.

XV. Hinc de natura actionis facile statuetur, nempe quibus detur, adversus quos, & quid in eam veniat. Dixi supra non nasci donatori ullam revocationem donationis, nisi prius ostenderit se mutata voluntate ob ingratitudinem donationem revocare velle; ut non mirum sit, si prius decesserit, quam id ostenderet, nullam revocationem esse eius heredibus, quia revocationis delatæ conditio defecerit. At simul atque donator mutationem voluntatis declaravit, tum nascitur & constituitur donatori præsens donati repetitio. Hæc actio isto modo semel nata, cum rei persecutionem contineat, persequens id quod donatori de patrimonio abest; eiusmodi est, ut ea iure cum aliis actionibus similibus communi utatur. Scilicet ut iam non soli donatori competat, sed etiam eius heredibus: nec minus detur ut adversus donatarium sic & adversus eius heredes: quæ conditio est omnium actionum in personam rei persecutionem continentium. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.*

XVI. Una excepta est donatio 3 matris collata in liberos, quam placet ob ingratitudinem liberorum ita revocari posse a matre, ut quanvis ad eam revocandam agere cœperit, tamen ea ante litem contestatam mortua finiatur actio, ut neque detur eius heredibus, neque adversus donatarii heredes. *L. his solis. C. de revoc. donat.* Quod cur ita placeat, & quam non pertineat ad alios donatores, supra ostendimus. Nam quod generaliter denegatur donationis revocatio donatoris heredibus, *L. ult. C de revoc. donat.* ad initium revocationis referendum est, quod solum a donatore nasci placet, dum constituitur hæc omnis revocatio sub conditione, si se donationem ex pœnitentia revocare velle ostendat. At ubi semel voluit, iam incipit, ut dixi, repetitio pure competere donatori, utpote impleta conditione, sub qua hæc revocatio deferebatur. Quæ res hanc repetitionem semel natam ab initio revocationis aperte separat, & distinguit.

XVII.

3) Olim mater a filio ingrato dimidium tantum repetebat *L. 1 Cod. Th. de revoc. don.* quod correxit *L. 4. eod. tit.* Quod si rem alienam donatam bona fide accipiens usu cepit, an ex ingratitudine revocari post usucapionem impletam poterit? Sunt qui affirmant arg. *L. ult. Cod. hoc tit.* Contra Vasq. *2. Ill. Contr.* 89. *n.* 61. quia tunc rem iure suo potius quam a donante habere videatur, arg. *L.* *Pro derel.* Ego cum prioribus sentio, quia certe habet ex beneficio dantis; tradendo transtulit usucapiendi conditionem. Et nisi donasset, ipse sibi usu acquisivisset. Eadem igitur damni & æquitatis ratio. Favor quoque donantis ac odium ingrati extensionem hic suadet. Licet igitur verba legis deficiant, cum rei alienæ vera donatio non sit, non tamen sententia & ratio.

XVII. Si de rebus quaeritur, quae in hanc repetitionem veniant, ne de his quidem genere actionis cognito difficile iudicium est. Si quaeritur res principaliter debita, quaenam ea sit, titulus actionis indicat. Dicitur enim donati revocatio: donati condictio. *L. 1. C. de revoc. donat. L. 1. C. de don. quae sub mod.* Ut hic solum videndum sit, quid sit donatum, quo recte revocetur. Itaque ut in indebito soluto, & in condictione ob caussam datorum fieri diximus, ita & hic aut idem repetetur, aut tantundem. Idem semper alias. Tantundem tunc, cum pecunia donata est, aut quid earum rerum, quae pondere, numero, mensurave constant, natura istarum rerum hanc solutionem exigente. *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* De quo satis diximus in indebiti condictione. Si quaeritur de accessionibus, putem & [4] has venire post ingratitudinem admissam, tanquam de re, quae exinde coepit apud donatarium esse sine caussa, donatore postea ob eam ingratitudinem rem revocante. *arg. L. pen. D. de condict. indeb.* iuncta *L. indebiti, 17. eod.* & *L. qui se debere, §. ult. D. de cond. caus. dat.*

4) Diss. Io. Gutierez. *de Iuram. confirmat. P. 1. Cap.* 10. n. 7. & 8. vid. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 8.

C A P. XXXII.

De revocatione donationis ob liberos postea a donatore susceptos. Sed obiter, indicato loco, unde huius partis explicatio alibi ab auctore edita huc assumatur.

Altera revocandae donationis caussa, liberi post a donante suscepti. I.
Cui revocatio ista iure speciali tributa, & quatenus, & an ad omnes donatores pertineat. II.
Quo in loco auctor ea de re plenam tractationem habeat. III.

I. AC sit huc usque prima caussa revocandae donationis simplicis factae inter vivos, nobis exposita, donatarii nimirum ingratitudo. Altera caussa fuit, liberi a donatore postea suscepti. De qua in *L. si unquam, C. de revoc. donat.*

II. Sed donationis ex hac caussa revocatio specialis est, tributa nominatim solum patrono de rebus donationis caussa in libertum collatis. Et tribuitur non simpliciter, sed certis conditionibus: nempe his duabus, si patronus cum donavit, liberos non habuit; & post donationem suscepit liberos. Utraque autem conditione impleta, ius singulare constitutum de revocatione rerum donatarum, ut susceptis postea liberis, ipso iure donatio rescindatur, id est rescindatur ita ut dominium rerum donatarum a liberto recedat, & ad patronum transeat. Quae omnia verbis constitutionis indicantur. Vulgo inveterato errore existimatum est eam constitutionem ad omnes donationes pertinere, & ex susceptione liberorum post secuta omnibus donatoribus revocationem donati tribuere.

III. Adversus quam sententiam fuse disseruimus in commentariis ad Codicem ad eam *L. si unquam*. De cuius etiam legis sententia eodem loco copiose scripsimus, & quidem ita, ut si quis vulgarem sententiam tanquam usu in foro receptam sibi sequendam putet, non desit etiam hac parte, quo ad eius explicationem non minus adiuvetur. Inde igitur petere licebit. Nos ad reliqua pergemus.

CAP. XXXIII.

De donatione caussa mortis; Quid sit: Quibus ex caussis revocetur: Quæ ad eam revocationem, cuiusmodi, & quibus ex caussis natæ actiones.

Transitio ad donationes caussa mortis. I.
Donatio caussa mortis quid. Ex verbis donantis, non ex metu aut cogitatione mortis æstimatur; & *quomodo*. II.
Comparatur legatis, & *simul datis ob caussam. Qualis ista similitudo*. III. IV.
Revocatur tribus casibus. V.
1. *Si pœnituerit donatorem*. VI.
2. *Si hic periculo supervixerit*. VII.
3. *Si prædecesserit donatario*. VIII.
Si quid aliud præterea convenerit in ista donatione servandum. IX.
Actio in hanc rem constituta est directa in personam, utilis in rem. Qualis utraque, & *quare* utilis. X.
Item quo iure introducta una cum condictione ob caussam. XI.
Conditio ob caussam datur hic causa nondum secuta; aut secuta quidem, sed non ex voluntate dantis. XII.
Eadem est ex obligatione; Hæc ex contractu, & *eo qui re perficitur*. XIII.

I. ERgo etiam in donationibus inter vivos, quæ simpliciter fiunt, nec ullam caussam, seu repetendi condictionem nominatim adiunctam habent, nascitur nihilominus obligatio inter dantem & accipientem, & ea quidem ex contractu, quia ex conventione licet tacita, qua donatarius tenetur donatori, ut acceptum reddat. Ubi proinde & re obligatur. Non tamen donatori visum est revocare; sed certis & iustis de caussis. Paucis quidem, attamen aliquibus. Quæ generibus duæ sunt, ingratitudo donatarii, & liberi a donatore postea suscepti. Ambæ dispari effectu, ut ostendimus: cum ingratitudo donatarii omnibus donatoribus revocationem tribuit, dum ex iis caussis ingratitudinis, quæ iure receptæ sunt. Liberi postea nati non nisi patrono qui donavit libertis, & quidem tunc, cum liberos non haberet, de quibus huc usque dictum est: Multo magis exsistit hæc obligatio in donatione caussa mortis. Quod erat alterum genus donationum a nobis propositum, in quo versaretur hæc obligatio. Et quidem hoc genus certam caussam donandi a donatore accipiens, multo plures habet, & certiores istius obligationis ac revocationis caussas. Sed prius constare oportet donationem quæ ad hanc legem revocatur, esse donationem caussa mortis.

II. Est autem [1] mortis caussa donatio, quæ fit propter [2] mortis suspicionem, sic describitur *Institution. de donat.* in pr. An fiat donatio propter mortis suspicionem, non ex metu, aut periculo, vel cogitatione mortis, quæ donatori vel imminet, vel obversatur, æstimandum est, sed ex [3] verbis ipsius donatoris, quibus declarat se ob mortis suspicionem & cogitationem donare. Sine his nihil periculum etiam præsentis mortis quidquam facit ad arguendam mortis caussa donationem. Ut puta, est aliquis in extremis vitæ constitutus, de quo etiam sæpe auditum est desperare ipsum de vita sua. Is hoc statu donavit: adde etiam si videtur, moribundus: sed nullam fecit mentionem mortis suæ, non dixit se donare, quia mortem metuat, aut de ea cogitet. Donatio simplex est inter vivos, non mortis caussa. Et ut Papinianus loquitur, qui ita donavit, magis donavit [4] moriens, quam mortis caussa. Unde recte negant eam donationem ad regulam & revocationem mortis caussa pertinere. *L. Seia*, 42. §. *ult. D. de mort. caus. donat.* Significans sine testatione mortis, quæ significetur a donato-

1) Cui affinis interdum fuisse videtur fiduciaria mancipatio, Liv. *Lib.* 32. velut fiduciariam dare ut victori sibi restitueret; si quid adversi accidisset ipse haberet, vid. Ræver. *de Auct. Prud. C.* 5. Vid. de hac donatione Cov. *P.* 3. *Rub. de testam.* Duar. *ad h. t.* Rauchb. *P.* 1. *Q.* 32. fuse A. Fab. *Err. Pragm. Decade* 43. & 3. *Decad. seqq.*

2) Quæ fit contemplatione & intuitu mortis, vel suæ vel alterius, ut si filio vel fratre ægrotante quis donet Mævio, ut si convaluerit filius, ei restituatur *L.* 8. *pr. h. t.*

3) Cuiac. *Cons.* 23. irridet eos qui donationem hanc tantum ab ægroto fieri censent. Quid igitur si nullo morbo aliove periculo territus simpliciter donet post mortem? Dist. Si verba substantiæ donationis adiecta; donatio est caussa mortis. Sin executioni ac præstationi differendæ: inter vivos. Fachin. 5. *Contr.* 22.

4) Thomas Actius *de Privileg. infirmit. P.* 2. *lit. D. v. Donatio n.* 2. Covar. *P.* 3. *Rub. extra de testam. n.* 36. Si mortis mentio non fiat etsi ab ægroto, inter vivos facta censetur, sed si ita valere possit. Quod si nequeat, hæc potius æstimatur quam ut nihil actum sit. Sic accipit *L.* 4. §. 1. *de doli exc.* & Menoch. 3. *Præsum.* 36. *n.* 7. Sicuti e contrario si mortis mentio fiat, nec tamen ut mortis caussa valere queat, forte quia desunt 5. testes, censetur donatio inter vivos, Menoch. 3. *Præsum.* 35. *n.* 5.

natore, nullam esse donationem caussa mortis. Tunc ergo mortis caussa donatio est, cum donator declarat verbis ipsis donationis, donare se ob suspicionem & cogitationem mortis. Id dum faciat, nihil interest ad donationem huius generis, donetne ob cogitationem solam mortalitatis, veluti, si ita dicat, quia incertum est, quamdiu Deus nobis vitam proroget: vel, quia nihil certius est morte, nihil autem incertius hora eius, ideo hanc aut illam rem, illam aut illum fundum tibi dono. Ob metum mortis ex periculo certo observantis; veluti si quis graviter ægrotans ita donet, quia nescio, an ex hoc morbo convalescam, ideo tibi dono. Vel si quis peregre profecturus, aut navigaturus ita dicat; quia iter aut navigationem illam instituo, & incertum est, an redeam, ideo dono. Vel si quis in bello, aut imminente hoste donet hoc modo; quia in periculis præsentibus incertum est, quid nobis futurum sit, aut quo res evadant, ideo dono. Hæc in *L.* 2. & aliquot seqq. *L. senatus*, §. *mortis*, *D. de mort. caus. donat.*

III. Quæ ita facta est donatio, iustis itidem de caussis, ut dixi, & his propriis revocatur. Hæ caussæ cum efficiuntur ex natura & conditione huius donationis, prius hanc naturam statuamus. Natura donationis caussa mortis iure comprobata hæc est. Comparatur donatio caussa mortis partim iis, quæ ob caussam dantur, partim legatis. Iis quidem sine dubio, quæ dantur ob caussam. Unde & veteres ad repetendum hoc genus donati dederunt condictionem ob rem dati, caussa non secuta. *L. senatus*, 35. §. 1. *D. de mort. caus. donat.* Et lex atque conceptio donationis id aperte indicat. Apparet enim ex superiore, definitione donatum mortis caussa donari ob hanc caussam, ut si quando ingruerit nec opinato mors donatoris, iam nunc in illud tempus consultum sit donatario; non ut vivente adhuc donatore habeat potius, quam donator, cum donatio collata sit in tempus mortis donatoris: sed ut donatore mortuo habeat potius donatarius, quam donatoris heres. Quod significatur *Inst. de don.* in pr. & *d. L. senatus*, §. 1. *de mort. caus. donat.*

IV. Comparatur & 5 legatis mortis caussa donatio. *L. illud*, 37. *D. de mort. caus. donat.* Quod ex superiore caussa ductum est. Ea enim nos docet sic donationem hanc habere conditionem mortis donatoris, ut is velit sibi licere priusquam ea caussa secuta sit, donatum revocare, eoque nec prius perfectam esse donationem. Non enim videtur ad aliquem pervenisse, quod mansurum non est. *L. aliud est capere*, *D. de verb. signif.* Inde dictum, non videri perfectam donationem mortis caussa factam, 6 ante quam mors insequatur. *L. non videtur*, 32. *D. de mort. caus. donat.* At hoc ubi fit, donatio plane legati vim & effectum habet. Nam & legatum donatio est, §. *legatum*, *Inst. de legat.* eiusque maxime proprium est, ut & supremæ voluntatis omnis, ne confirmetur nisi morte testatoris, quando suprema omnis voluntas & testatio non est nisi de eo, quod quis post mortem suam fieri voluit, ut declarat testamenti definitio. *L.* 1. *D. qui test. fac. pos.* Unde & legatum non dicitur solum donatio, sed donatio a defuncto relicta. *d.* §. *legatum*, *Inst. de legat.* Hic exitus cum sit, ut dixi, etiam in mortis caussa donatione, recte hinc sumptum iam olim statuerunt 7 veteres, donationes caussa mor-

5) *L.* 15. *L.* 17. *in fin. h. t.* Vulgo inspecto tempore quo fiunt habere eas naturam contractus, illique propius accedere ratione modi, formæ, solemnitatis & ordinationis. Postquam vero peracta & in esse deducta, effectus illi ultimæ voluntatis accommodari, Ciar. §. *donatio* Q. 5. Duar. *ad L.* 2. *de leg.* 1. Gomez. 2. *Resol.* 4. *n.* 16. Covar. *in Rub. extra de testam. P.* 3. *n.* 2. *&* *n.* 23. (ubi tamen *n.* 33. quod confirmationem contractibus convenire censet, contra quam Gomez.) Ant. Fab. 44. *Err. Prag.* 1. *pag.* 908. *&* 46. *Err. Prag.* 10. & alii, quos citat Rauchbar. *P.* 1. Q. 32. *n.* 41. *& seq.* non usquequaque distinctionem hanc probans, imo refellens *n.* 44. *& seqq.* & Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 12. *n.* 4. etiam in creatione, ut loquitur, id est forma & faciendi ratione, seu initio ac ordinatione, convenire ultimæ voluntati, cum 5. testes exigat, nec insinuatione egeat. Cuiac. 3. *Obs.* 17. *&* 20. *Obs.* 6. similes esse legatis donationes caussa mortis ex testamento, non vero ab intestato *L. si filius* 20. *de leg. præst.* *&* 2. *ad Afric. in L.* 23. *h. t.* non esse instar legatorum in odiosis. Sic enim legata cedunt ex apertis tabulis: hæ a morte donantis, quia LL. caducariæ strictius accipiendæ. Non item esse similes ab intestato *d. L.* 20. Et ideo *in* §. 2. *I. de donat.* adiecta vocula *fere*. Balduin *in* §. 1. *vers. hae mortis caussa n.* 2. *&* 3. Conveniunt, ait, in his. Qui legare potest, idem & donare; ut & qui accipere ex testamento, idem ex hac donatione. Hic Falcidiæ locus & iuri accrescendi. Conditio iurisiurandi remittitur *L.* 8. §. 3. *de cond. instit.* Nec de alimentis hac donatione relictis transactio sine Prætore valet *L.* 8. §. 2. *de transact.* Differunt in seqq. Hæ ineuntur duorum consensu, ut contractus. Non pendent ab hereditatis aditione: Nec ab iis repellitur ceu indignus, qui a legato *L.* 5. §. 17. *de his quæ ut indig.* Patre consentiente fieri potest *L.* 25. *h. t.* Stipulatio mortis caussa in annos singulos una, licet multa essent legata *L.* 35. §. *ult. hoc tit.* Aliud tamen esse, quoad hoc in donatione hac extra stipulationem. Greg. Lopez. *Animadver. C.* 19. *n.* 4. Quatenus ultimæ voluntati magis adnumeranda, quatenus contractibus, vide, præter laudatos, Hotom. & Vult. *in* §. 1. *I. h. t. n.* 9. P. Fab. *ad L.* 18. *de R. I. p.* 104. Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 68. *& n.* 75. *&* *seqq.* Simon. de Præt. *Lib.* 2. *de interpr. ult. vol. Interpr.* 1. *Dubitat.* 1. *Solut.* 12. A. Fab. 44. *Err. Prag.* 5. *& seqq.*

6) Propterea non ut in simplici requiritur agnitio & acceptio, vivo donatore. Quia enim eo vivo initium non accipit in persona donatarii; nec antequam mors insequatur, vel repudiari vel agnosci potest, ita Cuiac. *Conf.* 45.

7) Non vero verba ultima *L.* 15. *h. t.* Triboniani sunt interpolata propter *d. L. un.* ut censet Vult. *ad* §. 1. *I. de don.* *n.* 4. Nec enim dicit Iustinianus nullum veterum Iurisconsultorum id statuisse, sed fuisse diversas sententias.

mortis factas legatis comparari. Fuitque hæc sententia, ut videtur, optimæ partis veterum, quæ & relata est in *d. L. illud, de mort. cauf. donat.* Sed quia inter veteres plerique dissentiebant, ideo interposita est Iustiniani constitutio, quæ litem dirimens idem illud confirmaret. Ea est *L. ult. C. de don. cauf. mort.* quæ & refertur *Inst. de don.* in pr. Hinc illa ad eam regulam congruentia: His mortis caussa donari potest, quibus & [8] legari. *L. omnibus, 9. D. de mort. cauf. donat.* Ut legatum relinqui potest, ita & perfici mortis caussa donatio. Nullum legatum aut suprema testatio valet, nisi ut minimum adhibitis quinque testibus. *L. ult.* in fin. *C. de condic.* Totidem & in donatione caussa mortis [9] adbiberi placuit. *d. L. ult. C. de don. cauf. mort.* In legatis substitui potest legatario. *L. ut heredibus, 50. D. de leg. 2.* potest & donatario in donatione mortis caussa facta. *L. 1. C. de don. cauf. mort.* Legata insinuationem non desiderant, quantumcumque legatum sit. Sic nec mortis caussa donatio. *d. L. ult. C. eod.* Lex Falcidia legata minuit quæ dodrantem patrimonii excedunt *L. 1. D. ad leg. Falc.* Eadem locum habet & in mortis caussa facta donatione. *L. si mortis, C. ad leg. Falc. L. 2. C. de don. cauf. mort.*

V. Ex his, ut dixi, pendet huius donationis revocatio & obligaio, quam quærimus. Fit igitur ex hac natura, ut donatio caussa mortis revocetur tribus casibus. Quorum priores duo communes sunt cum iis, quæ aliter ob caussam dantur; tertius communis cum legatis, atque hinc etiam ducitur. VI.

8) Ideoque & a coniuge fieri posset. Vaud. 1. Q. 39. (1) quia coniugi legari potest. (2) Quia sic donans non fit pauperior, cum pro libitu revocare possit. (3) Quin exitus differtur in id tempus quo coniuges esse desinunt. Sed hac de re aperti textus *L. 9. §. ult. L. 10. L. 11. pr. de don. int. vir. L. 27. L. 40. h. t.* Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 12. *n.* 5. vid. A. Fab. 44. *Err. Prag.* 8. *&* 46. *Err.* 1. *& seqq.* (ubi Covar. qui diss. *P. 3. Rub. extra de testam.* refellit) Sc. Gentil. 2. *de Don. int. vir.* 33. *& Lib. 3. C. 14. & 2. seqq.* Absenti tamen olim fieri non potuit *L. 38. h. t.* vid. Hotom. 4. *Obs.* 28. qui tamen 8. *Obs.* 18. præsentiam in ea non requiri contendit, mendumque in *d. L.* 38. subesse. A. Fab. 47. *Err. Prag.* 1. hodie absenti fieri posse censet, utut olim non potuerit. Vid. & Covar. *P. 3. Rub. de testam. n.* 16. *& seqq.* Hartm. Pist. *Lib.* 1. Q. 13. An præsenti tacenti facta valeat? vide Andr. ab Exea *Lib. Pactorum n. 94. & seqq.* ubi ass. *n.* 98. Itemque cui testari permissum, etiam mortis caussa donare *L. 32. §. 8. de don. int. vir.* Unde consequitur minorem sine curatore sic donare posse, Tiraq. *ad L. 8. C. de revoc. don. v. donatione largitus n.* 253. Fachin. 5. *Contr.* 61. *Rauch. P.* 1. Q. 32. *n.* 84. cum & quando libuerit revocet, nec metuenda sit læsio. Diss. Tiraq. sibi contrarius post *LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 83. *& seq.* quia in his, quæ concernunt solemnitatem extrinsecam, naturam contractus habeat donatio; & Io. Gutierez. *de Iuram. confirmat. P. 1. C. 13. n. 6. & seqq.* A. Fab 46. *Err. Prag.* 9. dist. si stipulatione fiat, valere concedit per *L. 101. V. O.* maxime si exactio differatur in tempus mortis: Sin per traditionem, negat, quia ea pertinet ad caussam administrationis bonorum, curatori commissæ. Poterit & mulier sine curatore Iure Saxonico, de quo Rauchb. *P.* 1. Q. 32. tota, ut & absque propinquorum consensu, si is ex statuto in earum contractibus necessarius; quia statutum, iuri communi contrarium, restringendum ad contractus stricte & proprie sumptos; ac rationi illius, periculo captionis cui sexus is suppositus, hic non est locus. Fachin. 5. *Contr.* 60. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 12. *n.* 4. Diss. Covar. *Parte 3. Rub. extra de testam. n.* 15. Ant. Fab. 46. *Err. Pragm.* 10. Videtur & contra regula; Qui testari nequit, is nec sic donare *L. 1. §. 1. de tut. & rat. distr.* Sed eam non aliter tenere scribit A. Fab. 43. *Err. Prag. 6. p.* 885. quam quoties utrobique eadem prohibitionis ratio. Unde usurario manifesto hanc donationem non permitti, idem 46. *Err. Prag.* 8. contra Covar. *P. 3. Rub. extra de testam. n.* 13. Sane filiusfamilias ita donare potest, sed consentiente patre *L. 25. §. 1. h. t.* (vid supra *Lib. 6. C. 5. N.* 10. Add. Petr. Nann. 10. *Mist.* 5.) Quem patris consensum non requiri ad solemnitatem actus, sed ad id ut præiudicare possit patri, ideoque rerum in quibus solida filio proprietas liberam donationem caussa mortis, illi permitti, Fach. 5. *Contr.* 24. *& seq.* Quare & ipsi patri fieri posse *ibid. Cap.* 26. post Vasq. *Lib. 2. de Success. resol. §. 12. n.* 16. & Tiraq. qui utriusque opinionis auctores refert, post *§. Connub. Gl. 8. n. 115. & 3. seqq.* Diss. & Covar. *P. 3. Rub. extra de testam. n.* 9. & Ant. Fab. 43. *Err. Prag.* 4. licet prius illud admittat, ex ea tamen ratione negat, quia obligatio civilis inter patrem & filium nulla consistit. Eam autem contra putat, etsi donatio traditionem adiunctam habeat, quod non puto, in eoque sibi egregie contradicit Faber 48. *Err. Prag. 9. p.* 1129.

9) Quia ad instar codicillorum redactæ, Cuiac. *Cons.* 45. Valasc. *Cons.* 102. *n.* 5. Nec unus interpretum qui de hoc dubitat, ait A. Fab. 44. *Err. Prag.* 1. Ipse primus suspectum id reddere nititur, inani conato. (1) Quia licet hæc species ultimæ voluntatis, non tamen nuda, sed traditionem aut stipulationem requirit, unde absenti fieri nequit. Resp. Immo & nuda pactione hodie contenta est per *L. 35. C. h. t.* quæ & ad has donationes pertinet, Covar. *P. 3. Rub. extra de testam. n.* 22. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 12. *n.* 7. frustra reclamante Fabro. Quin idem Faber *Err. seq. & Decade 47. Err.* 7. hodie absenti fieri posse contendit. Denique etsi traditione vel stipulatione perfecta dicatur, nonne idem periculum comminiscendæ falsitatis, nonne facile duo subornari poterunt, qui, post mortem alicuius, cum iam eius voluntas exquiri nequit, falso afferant se interfuisse stipulationi vel traditioni a defuncto factæ: Ut mirer Fabrum in ea verba erumpere: *Ubi alterutrum horum, quid necessarii 5. testes.* Miror eundem suspicioni falsitatis locum hic esse negare. Qui, an, metus hic maior quam in donatione inter vivos. Immo qui minor, inquam, quam in codicillis, above extremo elogio. Donationis inter vivos alia ratio quæ statim effectum sumit (2) arguit Faber ex loco Pauli 2. *Sent.* 11. §. 1. Resp. Quæstio nobis omnis de iure novo ex lege Iustiniani. Quod & repono ad (3) rationem quod insinuatio, quæ fraudis excludendæ gratia exigitur, & in donatione hac necessaria *L. 25. C. de don.* quid vero necesse si 5. adhibitis testibus fit. Nam hodie ex *d. L. ult. C. h. t.* non necessariam Faber agnoscit. Deinde quid in donatione summam 500. solidorum non excedente? Sed iam *ad L. ult. C. h. t.* Eam Faber ita accipit, ut hodie valeat hæc donatio, sine insinuatione, modo in illius vicem adsint 5. testes, quia insinuationis finis, ut fraudibus obviam eatur: quis vero metus fraudis ubi 5. testes. Vera hæc fuisto. Quid inde? Ergo quæ valuit olim sine insinuatione, hodieque rata erit sine 5. testibus, veluti si infra 500. solidos, alias deterior eius conditio facta; at Iustinianus meliorem reddere voluit. Resp. Nullius magis interest quam ipsorum donantium ita statui, ne post eorum mortem alienis bonis inhiantes falso liberalitatis prætextu bona iustis heredibus auferant. Quidni vero idem metus fraudis, etsi donatio infra 500. solidos consistat. Denique ita aperte indefinite & generatim concepta Iustiniani constitutio, ut vix calumniæ locus videatur. De omni certe cuiuscunque sit quantitatis definit Imperator, ut ultimæ voluntatis effectus sortiatur, siquidem & de omni erat inter antiquos ICtos dissensio, quam Iustinianus composuit. Ignota illis distinctio donationum amplioris minorisve summæ, quæ insinuationem requirant, quæque non item. Ac quod habetur sic valere, etsi insinuatio non accesserit, in eo extensio est regulæ, ad unam illius speciem pertinens, quæ antea eam exigebat, nec ideo ad illam regula restringenda.

VI. Primus est, si donatorem [10] pœniteat donationis. *Inst. de don.* in pr. *L. mortis*, 16. *L. qui mortis*, 30. *D. de mort. caus. don.* nempe quia quod donatur mortis caussa, datur ob caussam, cui ita locus est, si mors sequatur: constat autem omnia, quæ ob caussam dantur, caussa nondum secuta ex pœnitentia revocari posse. *L.* 3. in pr. *L.* 5. in pr. *D. de cond. caus. dat.*

VII. Secundus est, ut traditur in *d. tit. Inst. de don.* si supervixerit is, qui donavit. Quod sic interpretandum est, si supervixerit, non donatario, qui tertius casus est, qui ibidem subiicitur; sed supervixerit ei periculo, quod ipse metuebat, & de quo in donatione significavit. Itaque his verbis nihil aliud intelligimus, quam donationem revocari, si donatum sit ob metum alicuius periculi, & donator periculum evaserit: ut, si navigaturus donavit, & salvus rediit; si donavit ægrotans & morbi periculum metuens, ac deinde convaluit. Sumptum & hoc ex iure eorum quæ ob caussam dantur. Quorum lex communis hæc est, ut caussa non secuta sit dati repetitio. *L.* 1. *D. de cond. ob turp. caus.* Hic autem res donata est ob caussam eius periculi quod secutum non est.

VIII. Tertius casus est, si donatarius prius decesserit, vivo scilicet donatore. *Inst. de don.* in pr. Hæc vero caussa donationis revocandæ propria est huius donationis, receditque a natura eorum, quæ aliam ob caussam dantur. Nam si tibi donavero hereditatem ea lege, ut creditoribus satisfieret, tu autem decesseris me vivo, priusquam satisfaceres, & heredes tui satisfaciant, repetere non possum, quod dedi, quia caussa secuta est. Nec refert, quando sit secuta, semper enim ob caussam datum, caussa quandoque recte secuta repeti non potest. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Dissimiliter in donatione caussa mortis. Nam si hoc modo tibi donem, tuque me vivo decedas, quanvis caussa sequatur postea, puta, quia moriar, idque adeo, priusquam ulla mea privata revocatio interveniret: tamen non pertinebit donatum ad heredes tuos, sed transibit repetitio ad meos; quippe iam ante mihi quæsita, quia me vivo decesseris, Cur igitur in hac donatione caussa pariter secuta non idem dicimus, quod in cæteris, quæ ob caussam dantur? Quia caussa ob quam donatur mortis caussa a cæteris omnibus caussis longe diversa est. Hæc caussa donationem similem facit legato, ut supra ostendimus. Ideo & hac parte donatio iure legati uti debet. De legatis porro transmittendis sic ius est. Si ante diem legati cedentem decesserit legatarius, ad heredem suum non transfert legatum. *L.* 5. *D. quand. di. leg. ced.* Legatorum autem dies non cedit testatore vivo, sed dumtaxat a morte eius. *L. unica*, §. 1. §. *in novissimo*, *C. de cad. tol.* Ita fit, ut si prior decedat legatarius, non trausfeat legatum ad eius heredem. Quamobrem & in donatione caussa mortis idem ius esse oportuit.

IX. Quod tamen diximus ex his caussis donationem caussa mortis revocari posse sic accipiemus, nisi quid in donando [11] aliud convenerit: puta, vel ut reddatur donatum ex aliis caussis, vel ut citius, vel ut omnino reddatur. *L. senatus*, 35. §. *mortis*, *D. de don.* Quippe etiam donatione caussa mortis negotium geritur, contrahitur, *d. L. senatus*, §. 1. Contractus autem ex conventione legem accipiunt. *L. contractus*, *D. de reg. iur. L.* 1. §. *si convenit*, *D. depos.*

X. Cum supra scriptæ caussæ revocationi locum fecerint, qualis sit revocatio, quæritur: utrum quæ habeat actionem in rem, an vero condictionem dumtaxat adversus donatarium, id est utrum una aliqua ex suprascriptis caussis interveniente, infirmetur donatio ipso iure, atque ita fiat, ut donatarius statim desinat dominus esse rerum donatarum, dominium autem redeat ad donatorem, unde illi in rem actio; an vero donatario adhuc domino manente, tantum donatori sit actio in personam ad res donatas repetendas. Et si de directa actione quæritur, eadem hic conditio est donationis caussa mortis, quæ & cæterarum rerum quæ ob caussam datæ sunt. Condictio nimirum quæ est in personam actio, similiter donatori eo nomine competit, *d. L. senatus*, 35. §. 1. *D. de mort. caus. donat.* Quod cum dicitur, simul excluditur in rem actio, quæ datur donatori. Nemo enim ut sæpe iam

10) Etiam tacita vel præsumpta, vid. Mozz. *de Donat. Col. ult. n.* 2. *& seqq.* Menoch. 2. *Præsumpt.* 37. Moller. 2. *Semestr.* 59. & A. Fab. 46. *Err. Prag.* 6. ubi contra DD. etiam per oppignorationem rei revocatam censeri. Qua alienatione & quando revocetur, vid. Covar. *P.* 3. *Rub. extra de testam. n.* 27. *& seqq.* Quid si res aliis postea in testamento donata, an revocatur, an vero partes concursu fiunt? Vid. Modest. Pist. *P.* 2. *Q.* 123.

11) *L.* 15. §. *ult. h. t.* modo tamen aliquis casus sit in quo maneat revocabilis; alias est donatio inter vivos, deficiente huius substantia *L.* 17 *h. t.* vid. Covar. *P.* 2. *Rub. de Testam. n.* 13. Forcat. Necyom *Dial.* 4. Gutieren. *de Iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 12 Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 51. *n.* 3. Fachin. 5. *Contr.* 23. A. Fab. 45. *Err. Prag.* 1.

iam diximus, rem suam condicit præterquam a fure, aut malæ fidei possessore, *§. sic itaque, Inst. de act. L. ult. D. de usuf. quemadm. cau.* Sed hæc, inquam, dicta sunt de directa actione in rem, & iure civili summo, quo de dominiis rerum constituitur. Cuius regulis convenit, ne dominium ab invito recedat, neve ad alium sine traditione transeat. *L. id quod, D. de reg. iur. L. traditionibus, C. de pact.* Cæterum in hoc genere ex supra scriptis caussis etiam utilis in rem actio admissa est. Actionem hic in rem esse simpliciter traditur in *L. si mortis*, 29. *D. de mort. caus. don.* Sed [12] utilem esse adiicitur in *L. qui mortis*, seq. Quæ adiectio eo pertinet, ne contrarium putemus, quod in hac caussa veteres etiam condictionem dederunt, & tamen sciamus ut actio in personam est donatori eiusque heredibus adversus donatarium & eius heredes: ita hanc actionem non esse impedimento, quominus & donatori sit actio in rem adversus rerum donatarum possessores quoscumque, nam utilis actio cum directa eundem effectum habet. *L. actio, antep. D. de neg. gest.*

XI. Sed unde hæc in rem actio? Est enim præter legem eorum, quæ ob caussam dantur, ex quo genere caussa non secuta condictio est dati, non etiam in rem actio, ne utilis quidem, ut disseruimus supra in genere datorum. Repugnat etiam regulis iuris superioribus, quas esse diximus de dominiis rerum transferendis. *d. L. id quod, de reg. iur. L. traditionibus. C. de pact.* Et hæc inducta est proprio quodam iure propter similitudinem, quæ huic donationi est cum legatis. Ante posuimus donationes caussa mortis factas legatis comparari. At legatum revocatum sic evanescit, ut testatori ipsi sit in rem actio de rebus prius legatis: quia scilicet dominium earum ab eo non recessit, ac ne recedere quidem ab eo potuit, quandiu vivit, etsi maxime legatum constituisset. Non enim relinquitur nisi a defuncto, ut sic deinde ab herede præstetur. *§. legatum, Inst. de legat.* Quare & in donatione caussa mortis eodem exemplo idem ius admitti oportuit, ut ea revocata, quasi revocatio revocationis legati vim haberet, ita & hic sit donatori in rem actio de rebus donatis. Atenim dicet aliquis, legato revocato interest testatori actionem in rem directam esse, cum dominium semper penes eum manserit. Cur igitur in hac donatione utilem tantum actionem in rem dant veteres, non directam exemplo legatorum? Et si quis donationem proponat ita [13] factam, ut donatum non statim fiat accipientis, sed tunc, cum mors fuerit insecuta, ut fit interdum: quia idem hic fit circa dominium rei donatæ, quod in legato, recte dicetur eandem hic quoque actionem in rem donatori dari revocata donatione, idest directam tanquam de re, non quæ ei restituatur, sed quæ nunquam amissa semper penes eum manserit. *L. si mortis*, 29. *D. de mort. caus. don.* Quod si ita quis donet, mortis caussa, ut donatum statim fiat accipientis, quod fit ut plurimum, & de cuius donationis revocatione condictionem intelligi volumus, *L.* 2. *L. senatus*, 35. *§.* 1. *L. si mortis*, 40. *D. eod.* obstant regulæ superiores iuris, quominus dominium, quod donatarii esse cœperat, recedat ab eo invito, & ad donatorem redeat. Ideo ins in hac re ita temperatum est, ut non detur directa in rem actio donatori, qui ipso iure dominus non est. At effectu detur, ut sit in rem utilis, quo hic quoque donatio ad similitudinem legati redigatur. Nam, ut dixi, utilis actio eundem effectum habet. *L. actio, antep. D. de neg. gest.*

XII.

12) Ut in arbitrio sit vel revocare condictione quasi re non sequuta vel utili actione (quæ & in factum vocatur) *L.* 18. *§.* 1. *h. t.* quasi tacito iure dominiom redierit vel nunquam discesserit, Cuiac. 2. *ad Afric. in L.* 23. *h. t.* Duaren *de Cond. ca. da. C* 6. Ex ratione iuris sola condictio, ex æquitate etiam otilis in rem actio, quod æquum sit dominium vere translatum haberi pro non translato, seu iam reddito. Quæ & datur, non directa) si ita facta ut transiret dominium, sed reddator res si donator convalescat, ea. gr. vel redeat, quia solus eventus conditionis non facit ut dominium recedat, A. Fab. 44. *Err. Prag.* 10. Diss. DD. voleotes dominium reverti ipso iure Moz *de Don. Col. ult. n.* 11. Gomez. 2. *Resol.* 4. *n* 20. Zas. *ad L.* 12. *de Cond. ca. da. n.* 8. dominia iuris intellectu tantum translata condici posse scribens. Fructus vero percepti repetuntur a tempore donationis *L.* 12. *de Cond. ca. da.* Moz. *d. L. n.* 12.

13 Sed si ita facta morte confirmetur, quæ inde actio adversus heredes? DD. distinguunt. Si in testamento facta, actio ea testamento *L.* 1. *C. h. t.* Sin extra id si quidem oudo pacto condictio ex *L.* 35. *§. prin. C. de don.* Quod impugnat A. Fab. 45. *Err. Prag.* 10. vid. & Vaud. 2. Q. 13. An & hypothecaria actio pro ita donatis uti pro legatis? Negant vulgo quia specialiter ea privilegio inducta hypotheca ad alios casus extendi non debent. Sententia placet A. Fab. 48. *Err. Prag.* 9. ratio displicet, quia facile hic extensio fieri posset ex *L. ult. C. h. t.* iusta interpretatione. Quin & *L.* 15. *h. t.* fit extensio. Ratio autem Fabro ea videtur; quia, inquit, aut fit per stipulationem, & eainde, nisi pignoris in ea mentio, nasci nequit *L.* 99. *de V. O.* aut per traditionem, & obligationem non parit, cum nec contractus sit. Nulla igitur nec tacita hypotheca, quia illa accessoria ad personalem obligationem. Sed præsupponit eam nec in testamento nec nudo pacto fieri. Quid vero impedit, sic stipulatione celebrata, tacitam hypothecam a lege induci. Siquidem ea est tacita, quæ non ex conventione partium, sed solius legis dispositione. Admissa itaque extensione *L.* 2. *C. Com. de leg.* necesse erit & hanc recipere. Quare si vera DD. sententia, vera quoque eorundem ratio. Sin falsa hæc, quod magis puto per verba extrema *L. ult. C. h. t.* ea quacunque parte &c. itidem sententia.

XII. Sed qualifcumque hæc fit actio, femper huius donationis revocandæ caussa conftat competere condictionem ob rem dati caussa non fecuta. *d. L. fenatus*, §. 1. *de mort. cauf. don.* Recte ob rem dati quia huic condictioni toties locus eft, quoties aut caussa nondum fecuta eft, aut non eft fecuta ex voluntate dantis. Id autem fit, in donatione caussa mortis, five poft pœnitentiam donator decedat, five decedat mortuo iam ante donatario: quia his cafibus moritur donator, ideft donationis caussa fequitur, revocata iam ante donatione, aut certe caussa revocationis iam ante conftituta.

XIII. Si hic condictio eft adverfus donatarium, conftat elle adverfus eum qui fit obligatus ad res donatas reddendas. *L. actionum, de obl. & act.* Unde ergo hæc obligatio, ut in hunc locum a nobis referri debuerit? Et res expedita eft ex eo quod placet hic effe condictionem ob caussam dati caussa non fecuta. Effectum eft enim fupra totum hoc genus obligationis eorum quæ ob rem dantur, ex contractu effe quia ex tacita conventione; & quia non eft nifi de eo reddendo, quod prius acceptum eft, ideo re contrahi obligationem. De quo genere obligationum nunc agimus. Quare fciamus & in obligatione huius donationis, qua tenetur donatarius ad ea reddenda quæ accepit, eadem hæc omnia intelligenda effe, meritoque & obligationem ad hoc genus referri.

C A P. X X X I V.

De precario: Quid fit: Quæ hinc & cuius generis obligatio: Cur tractatio in hunc locum dilata: Tum quibus rebus diftet precarium a donatione, & commodato.

Precarii tractatio brevis, & propria huius loci. I.
Quid fit precarium. II.
Ex conventione effe, & hinc ex contractu precarii obligationem, quæ ex re tradita initium fumit. III.
Conventio hæc tacita; & unde repetatur. IV.
Quare precarium non annumeretur contractibus nominatis. V.
Quatenus obligatione differat precarium a donatione & commodato. VI.
Item quatenus actione. Quo fenfu a Paulo civilis effe negatur actio præfcriptis verbis. VII.

I. Atque hæc funt, quæ ad univerfum genus datorum ob caussam vifa funt pertinere. Quibus pertractatis, breve eft, quod de precario fubiicimus. Nam hunc quoque contractum eiufdem generis fpeciem fecimus: dum hoc ftatuimus hic quoque obligationem ex re nafci, interpofita conventione de eadem re reddenda: fed conventione, in qua obligatio non nomine certo contractus indicetur, fed ex fententia contrahentium ratione colligatur. Cuiufmodi conventionem in his quæ ob caussam data funt, fupra per omnia agnovimus. Et quid hic agatur, verbi definitio indicabit.

II. Eft autem precarium, quod precibus petenti utendum conceditur. Sic enim definit Ulpianus in *L. 1. D. de prec.* Adde, nullo certo præfcripto utendi fine aut modo: qua fola adiectione, si rem fpectamus, precarium a commodato diftinguitur, ut docuimus fupra *huius Libri Cap. 2.*

III. Iam ex hac definitione, quid negotii hic geratur, fpectemus. Primum apparet, si qua hinc obligatio eft, ex re tradita nafci, cum non sit precarium, nisi quod prius conceffum fuerit petenti. Quid autem agitur hac conceffione? Nempe hoc, quod adiicit Ulpianus in *d. L. 1. de prec.* ut tamdiu conceffum maneat apud accipientem, quandiu is qui conceffit, patitur: tunc autem hic recipiat, cum ei libuerit precarium folvere. Conventio igitur hic eft, qua de eadem re reddenda, quæ accepta eft, agitur. Proinde & hic obligatio ex contractu, quia ex utili conventione: contractus autem is, in quo obligatio hæc omnis re contrahatur, ut quæ ex re tradita initium fumat.

IV. At hic nullam iftiufmodi conventionem de re reddenda videmus. Sane nullam, quæ verbis exprimatur. Sed exprimi non eft neceffe. Satis eft ex his, quæ geruntur, tacite intelligi. Quidquid in re gerenda agitur, pro cauto habendum eft, ut fæpe antea diximus, quando conventiones tacitæ non minus valent, quam verbis nuncupatæ. *L. 3. D. fi cert. pet. L. 4. D. de pact.* Contractum au-

tem hic & conventionem subesse, una hac re veteres satis probant, quod ad precarium repetendum dederunt actionem præscriptis verbis, ac non tantum interdictum. *L. 2. D. de precar.* Non est enim actio præscriptis verbis, nisi ex contractibus. *L. 2. & L. 3. D. de præscr. verb.* Unde ergo conventio ista intelligitur? Ex eo, inquit Ulpianus, quod precarium beneficii est & liberalitatis. Natura autem æquum est, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, & ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Hoc ille in *L. 1. & 2. D. de prec.* Atque ut hoc æquum: ita ut fiat, dantis & accipientis idem sensus est. Hic autem sensus, conventio.

V. Sed cur precarium non inter eos contractus referimus, qui sub nomine certo conventionem reddendi habent? præsertim cum inter eos numeretur maxime commodatum, cui simile esse precarium diserte Ulpianus scribit in *d. L. 1. de prec.* Et quidem ego ita volui aliquando, & propter similitudinem facerem libenter. Sed veteres prohibent, qui precarii recuperandi caussa [1] actionem præscriptis verbis dantes, satis nos docent precarium non esse ex genere eorum contractuum, quorum appellationes ullo iure civili sunt proditæ: si quidem de his negant competere actionem præscriptis verbis *L. 1. 2. 3. D. de præscr. verb.* Unde & hos contractus titulis quam longissime dissitis alterum ab altero diviserunt. Qui minus ergo precarii verbum nomen sit proprium contractus, quam commodati? Quia precarii verbum, ut apparet, pertinet generaliter ad res omnes, quas precibus ab alio impetramus, sive ad usum, sive ad fructum, sive ad proprietatem; itaque & commodatum ipsum, precarium est. Quæ res declarat non esse hanc appellationem certi alicuius contractus. Non immerito igitur & hunc contractum ab eo genere removemus, in quo est commodatum. Nec aliunde magis huius nominis, & conventionis, quæ hic inesset, incertitudo animadverti potest, quam quod ab initio de precario interdictum tantum propositum fuit, quasi de eo aliæ actiones tanquam ex contractu deessent. Tandem agnita hic quoque reddendi conventione, etiam in eo contractum esse veteres admiserunt; sed contractum incerti nominis; unde & actionem præscriptis verbis, ut dixi, dederunt.

VI. Quod de huius contractus natura notandum sit, duo sunt precarii propria, quibus & a donatione & a commodato distinguitur, obligatio, & actio. Quid his rebus distet a donatione, satis constat. Utrumque quidem liberalitatis est: sed qui donat, inquit Ulpianus in *d. L. 1. de prec.* sic dat, ne unquam recipiat: at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum visum erit reposcere. Ita precarium revocari potest. Donatio semel perfecta non revocatur, nisi ex his caussis, quibus postea incidentibus placet iure revocari posse, de quibus supra diximus. Eaque summa est Tituli *C. de revoc. donat.* Quod si commodatum cum precario [2] comparari placet, sic precarii obli-

1) Diss. Cuiac. 4. *Obs.* 7. volens esse donationem magis quandam, ac præscriptis verbis actionem dari magis ex bona fide *L. 2. §. 2. h. t.* id est æquo & bono, tacitoque contractu quam ex negotio gesto. Et *ad L. 19. de R. I.* putat esse quasi contractum. Et contractum esse negat Gilh. Reg. 1. *Enant.* 10 per *L. 14. h. tit.* Nemo enim alium iure civili ex beneficio & liberalitate obligat. Henr. Heidenec in *L. naturalis de præscr. verb. Axiom.* 30. duo precarii genera statuit. (1) Vere gratuitum ob puras preces concessum, nec tempus nec modum finemve recipiens, nec actionem civilem pariens. *L. 14. h. t.* 2. Cui lucellum aliquod, exemplo commodati *L. 5. §. 2. Commod.* accedit *L. 20. h. t.* quod modum & quidem finem, ast non itidem tempus aversatur *d. L. 20. L. 4. §. ult. L. 5. h. t.* Ex hoc, ait, solo præscriptis verbis actionem, quia etsi contractus non sit, tamen, ad instar donationis quandoque per contractum innominatum celebratur *L. un. C. de permut. L. 8. C. de cond. ob caus.* & civile geritur negocium cum & precario dans utilitatem aliquam percipiat. Sed nec hanc distinctionem satis firmam puto, quum aperte repudiare videtur *L. 2. § ult.* verbis *ex hac solummodo caussa quod preces adhibuit.* Nam nec in commodato ab initio honor aut remuneratio intervenire potest, sed finito rei usu &c. arg. eorum quæ *supra lib.* 13. *C.* 10 *N.* 7. Nec ille interventus variat naturam illius aut efficit ut species oppositæ Commodati constitui possint (2) Gratuitum & mercenarium, quia quæ ex accidenti veniunt differentiam specificam non inferunt. Nec, etsi eam firmam esse largirer, satis apte tamen verba late patentia *d. L. 2. §. 2. L. 19. §. ult.* tam angustis finibus coerceri debere concederem. Denique precarium omnimodo tempus aversari aperte probat *L. 12. pr. h. t.* Nec ad rem faciunt *dd. LL.* ab Heideccio allatæ. Nam ad tempus quidem rogari posse probant, nec minus poterit, nudis precibus; sed ad illud necessario perdurare minime interri potest, id quod *d. L. 12. pr.* plane negatur. vid. *N.* 3.

2) Cuiac. 23. *Obs* 21. sic: Ex commodato ultro citroque obligatio, ex precario non item: Intempestive enim revocare potest, qui precario dedit, quod non potest commodans. Et hinc in precario dolus solum venit (ait Cuiacius maxima differentia nostris ignota: Pupillus actione Commodati non tenetur, nisi vel locupletior, vel dolum admiserit. Interdicto autem de precario indistincte, etsi rogaverit sine tutore *L. ult. §. ult. h. t.* Ratio ex varietate formularum: illic, *Quod te dare oportet*: hic, *Quod precario habet*. Nec enim ut Interdictum hoc datur, quæritur an sit obligatus, sed an rem habeat. Sed nondum percipio ego, qui facile contingere queat ut pupillus acceptione precarii, si rem adhuc habeat, eo enim casu solo tenetur *d. § ult.* redditus sit pauperior, seu, quod idem est, non locupletior. Nec igitur video quæ illa maxima, interpretibus ignota, differentia. 3 Heres rogantis precario non tenetur, nisi quatenus ad eum pervenit, seu quatenus habet *L. 8. §. ult. h. t.* Heres commodatarii, etsi nihil pervenerit *L. 12 de O. & A.* Recte hæc, quæ & satis probant Precarium non esse contractum. Adiin Gomez. 2. *Resol.* 7. *n.* 1. quod in precario transeat possessio naturalis *L. 15. §. pen & ult. h. t.* non æque in commodato, vid. & de differentia a Commodato Covar. 3. *Resol.* 15. *n.* 7. Moz. *de Commod. Col.* 3. *de essentialib. n.* 8. *& seqq.*

obligatio eſt, ut ſit ex parte minor, quam in commodato; ex parte plenior. Minor in eo, quod cum in precario utilitas ſolius accipientis non minus verſetur, quam in commodato, placet tamen in precario eum qui accepit, dolum ſolum præſtare; culpam nequaquam, niſi dolo proximam. Sic eſt de eo edictum prætoris. *L.* 2. *L. quæſitum*, 8. §. *eum quoque*, *D. de prec.* Æquitas hæc interprete Ulpiano in *d.* §. *eum quoque*, quod totum precarium ex liberalitate deſcendit eius, qui precario conceſſit. Unde intelligi vult, & recte, uſum quoque precarii apud accipientem liberum eſſe debere ita, ut ne quid ab accipiente exigatur ſecus, quam pro captu ſuo intelligit, & quam in ſuis rebus faceret. Sed cur non idem dicamus in commodato, quod & ipſum beneficii eſt & liberalitatis? *L. in commodato*, §. *ſicut. D. commod.* Eo fit, quod cum in commodato præſcribatur certus utendi finis aut modus: *d. L. in commodato*, §. *ſicut*. hactenus etiam liber uſus rei commodatæ denegatur commodatario, ut hac parte ſe commodator reſpiciat, non accipientem. Rurſum ex parte maior eſt precarii obligatio, quod commodatum repeti non poteſt, priuſquam commodatarius ad modum & finem præſcriptum uſus ſit: Precarium autem, ut ſupra poſuimus, quandocumque danti viſum eſt, [3] repeti poteſt. *d. L.* 1. 2. *D. de prec.*

VII. Iam actio precarii nomine non certa & vulgaris, ut in commodato, & ſimilibus contractibus, quorum ſunt certæ iure civili proditæ actiones: ſed actio præſcriptis verbis, ut dixi; nempe ut in his; quorum non ſunt vulgaria & uſitata nomina actionum. *d. L.* 2. 3. *D. de præſcr. verb.* Sed an videtur Paulus actionem præſcriptis verbis admittere de precario, qui in *L. interdictum*, 14. *D. de prec.* ſcribit interdictum de precario ideo interdictum eſſe, quia nulla eo nomine iuris civilis actio eſſet? nam certe actionem præſcriptis verbis conſtat eſſe actionem civilem. Sic nominatur in *L. ſolent*, *D. de præſcr. verb. L. iuriſgentium*, *D. de pact.* Et civilis verbum ambiguum eſt. Proprie iuris civilis actio dicitur, quæ eſt directa, ideſt ipſis verbis iuris civilis prodita. Hoc ſenſu recte negat Paulus de precario ullam actionem competere iuris civilis. Nam nec talis eſt actio præſcriptis verbis. At paulo generalius etiam dicitur civilis actio, quæ eſt [4] utilis, ideſt inducta ex ſententia legis per interpretationem. Ac talis eſt præſcriptis verbis actio, ut pluribus oſtendimus in *Libro de præſcriptis verbis & in factum actionibus*, *Cap.* 23. Quo iam ex ſenſu recte dicatur hæc actio civilis, quam prius iuris civilis actionem eſſe negabat Paulus. In quam ſententiam etiam plura ſcripſimus eiuſdem *Libri Cap.* 20.

3) Quia cum non ſit ad certum & deſtinatum uſum, ideo non, uti in Commodato, tacite tempus cenſetur adiectum. Menoch. *Arb. C.* 23. Quin nec conventio aperta, ut ad certum tempus precario teneatur, quidquam repetenti obeſt *L.* 12. *pr. h. t.* quia ſubſtantiali formæ precarii contraria, Hot. *ill. Q.* 37. Bron. 1. *Aſſ.* 41. Implicat autem contradictiones, ut precario quis teneat ad tempus, quia precario eſt quandiu volueris. A. Fab. *ad L.* 7. §. 5. *de pact.* Sane confeſtim atque res conceſſa eſt, repeti non poſſe, ne beneficium corrumpatur, aut officiat potius; ſed dato aliquali temporis ſpacio humanius eſt per *L.* 17. §. 3. *in fi. Commod.* Covar. 3. *Var. Reſol.* 15. Vioc. Caroc. *de Excuſſ. bonor. P.* 2. *Q.* 14. *n.* 36. diſſ. Coiac. *in Par. C. h. t.* Finitur & precarium morte accipientis, nec ad heredes tranſit *d. L.* 12. §. 1. Nec obſtat *L. pen. h. t.* Nam ibi *ſuorum* nomine domeſtici ſignificantur, non heredes. Gothofridus *ibid.* Fornet. 3. *Rer. Quotid.* 4. Non autem morte concedentis, antequam heres revocat *L.* 8. §. 1. *h. t.* Quod Deci. ad *L.* 23. *de R. I. n.* 13. *& ſeq.* ac Covar. 3. *Reſol.* 15. *n.* 3. *&* 4. declarant, ſi ſcilicet ſimpliciter, vel donec revocatum fuerit, conſtitutum ſit; quia revocatio morte non contingit, ſed ad eam nova voluntas requiritur. Sed ſi ita donec voluerit concedens, morte finiri putant, quia voluntas expirat. *L.* 4. *Locati*. Nec recte *Gl. in d. L.* 8. §. 1. novum precarium induci. Quin imo idem manet & dicitur tranſire; non igitur novum. Si de nova conceſſione agitur, etiam heres rogantis eam impetrare poteſt. Vid. Georg. Enenckel. *Lib.* 3. *de Privil. C.* 1. *n.* 11. *& ſeqq.*

4) Ita & Pac. 7. *Q.* 21. Actio præſcriptis verbis nulla lege conſtituta, ſed interpretatione ICtorum inducta. Deinde reſp. Pac. Interdictum de precario eſſe antiquius actione præſcriptis verbis. Et tempore interdicti propoſiti nullam fuiſſe actionem civilem. Aliter Hedeic. ut *ſupra N.* 2.

CAP. XXXV.

De altero genere obligationum quæ re contrahuntur, in quo quid ita datur, aut fit, ut pro eo præstetur aliud.

I. Satis iam dixisse videmur de primo genere summo eorum contractuum, qui re fiunt. Sequitur alterum, de quo cognoscamus. Meminerimus enim duo genera summa eorum contractuum initio a nobis posita esse, quorum in uno res daretur, ut reddatur idem vel specie, ut in commodato, vel genere ut in mutuo: in altero ita quid detur aut fiat, ut præstetur aliud. Primum genus rursum in duo alia genera subiecta nos divisisse, ut unum esset eorum, in quibus conventio de re reddenda nomine proprio contractus indicaretur, cuius generis hi sunt, Mutuum, Commodatum, Pignus, Depositum, Dos, Donatio propter nuptias: Alterum eorum in quibus conventio de eadem re reddenda nec exprimeretur verbis, nec designaretur ullo certo nomine contractus, sed ex sententia contrahentium ratione colligeretur. In quo genere posuimus res ob caussam datas, & quæ huius generis essent, quibusque de caussis repetendi ius esset, ostendimus. Posuimus in eodem genere & Precarium. De quorum omnium natura, & obligatione cum dixerimus; nempe nobis restat alterum illud eorumdem contractuum genus, in quo sunt hi, in quibus id agitur, ut re aliqua data factave præstetur aliud.

II. In quo explicando nunc eo erimus breviores, quod quæ huic generi species subiectæ essent, satis supra exposuimus *Lib. 12. Cap. 14.* Itaque his inde petitis, tantum quod superest, & quod præcipue in contractibus exsequi instituimus, eorum naturam attingam, & quid ad obligationem proprium habeant, breviter ostendam.

III. Et sint in hoc genere primum illi contractus nobis propositi, qui expressam traditionem, & expressam de alia re præstanda conventionem habent. Diximus, quod natura nos docet, & hinc sumptum tradit Paulus in *L. naturalis, 5. D. de præscr. verb.* huius generis quatuor esse species. Aut enim do, ut des, veluti, do tibi Pamphilum, ut mihi Stichum des: do ædes, ut mihi des fundum Cornelianum: in quo genere versantur permutationes, item & divisiones rerum communium. Aut do, ut facias; veluti, do Stichum, ut Pamphilum manumittas; do pecuniam, ut negotia mea geras. Aut vice versa facio, ut des. Ut manumitto Stichum, ut mihi Pamphilum des; remitto tibi actionem quam institui, ut mihi fundum illum cedas. Aut facio ut facias. Veluti, negotia tua hic gero, ut mea geras Romæ; Stichum manumitto, ut Pamphilum manu-

manumittas. In his si de obligatione quæritur, de eo sic habendum est. Non sunt hæ species ut discrimine factorum, sic iure ita distinctæ, ut singulæ diverso iure habeantur. Continentur eodem iure prope omnes. Proprii in singulis nihil admodum; aliquid tamen.

IV. Sit igitur initio hoc constitutum, in obligatione horum generum, quæ modo, ut dixi, expressum factum, & expressam conventionem habeant, qualia supra proposuimus, quædam esse omnium communia, ac prope omnia; quædam quæ pauca sunt, quorundam ex his propria.

V. Communia sunt hæc tria; ad rem petendam de qua convenit, obligatio civilis; obligatio quæ re contrahitur; & una actio præscriptis verbis, non aliæ. Primum ex omnibus obligatio pariter nascitur iure civili, ut des aut facias id de quo nominatim convenit, ut dares aut faceres, unde & in singulis contractus. *L. iurisgentium*, in pr. *D. de pact.* Non enim hic nuda est conventio, ut quis dicat ex pacto actionem non nasci, ut est regula iuris; *d. L. iurisgentium, §. sed cum nulla, §. quinimo, D. de pact.* sed præter conventionem res accessit. Dedi amplius aut feci aliquid ea conventione, ut vicissim illud de quo convenit, dares aut faceres: in quo negotium civile & ad firmandam obligationem præcipue efficax geritur. *L. legem, C. de pact. L. solent, D. de præscript. verb.*

VI. Secundum illud commune, ut in omnibus obligatio re contrahatur. Qua parte obligatio ad id genus, quod tractamus, pertinet. Volumus enim superiora facta sic intelligi, ut in his vere ideo nascatur obligatio quia prius dedi, aut feci, ut deinde vicissim quid dares, aut faceres. Illos autem contractus, in quibus eadem quidem facta interveniunt, sed ita, ut sine his ab initio nascatur solo consensu obligatio, hinc excipi volumus: ut & verbis ipsis superiorum generum propemodum removentur. Ac de his supra diximus. In quibus vero, non aliter nascitur obligatio ex conventione, quam si prius dederim aut fecerim, ut ex conventione dares faceres: in his vere dixerimus obligationem re contrahi: ut in quibus res tradita initium præbet obligationi, ut de permutatione Paulus loquitur in *L. 1. D. de rer. permut.* Sed & de eo plura diximus supra *Lib. 12. Cap. 12.*

VII. Tertium efficitur ex prioribus duobus, ad effectum quidem obligationis pertinens, verumtamen ex effectu obligationem istorum generum confirmans. Id autem tale est, nam cum in his generibus omnibus obligatio nascatur ex contractu, & eo qui iure fiat, in quo vel maxime geritur negotium civile: consequens est ex una eademque obligatione actionem quoque unam esse, omniumque communem: id est ex civili obligatione civilem quoque actionem, & eam quæ dicitur a veteribus actio præscriptis verbis, in factum, præscriptis in factum verbis. Quod eo pertinet, ut statuamus ex nullo istorum generum esse actionem de dolo, ubi civilis actio ex civili obligatione & contractu competat. Ita enim est conditio actionis de dolo, ut non sit ei locus, si ulla alia actione, ullove remedio alio res salva esse possit. *L. 1. §. ait*, & deinceps, *L. & eleganter*, in pr. *D. de dol. L. pen. D. de in integr. rest.*

VIII. Ac de tribus illis non dubitatur, cum do ut des, do ut facias, facio ut facias. In quibus omnibus ut fiat, quod promissum est, esse actionem civilem præscriptis verbis diserte scriptum est in *L. naturalis*, in princip. *§. 1. & §. ult. D. de præscript. verb.* In quarta specie, cum facio ut des, ut negotium idem, eadem civilis obligatio hinc nata eandem actionem admittunt, ut dixi, probaturque in *L. 2. L. 3. D. eod.* sic & multos locos in eandem sententiam diserte scriptos legimus, ut *L. solent, 15. L. si tibi polienda, 22. D. de præscript. verb. L. cum mota, C. de transact. L. iurisgentium*, in princip. *D. de pact.*

IX. Sed rem dubiam fecit Pauli locus de hac specie in *d. L. naturalis, §. quod, si faciam*. In quo ille repudiata ut videtur, actione præscriptis verbis, solam relinquit actionem de dolo. Sic enim scribit: *quod si faciam, ut des, & postea, quam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio. Et ideo de dolo dabitur.* Actionem præscriptis verbis civilem esse constat. *d. L. solent, de præscr. verb. L. iurisgentium, D. de pact.* Quare cum nullam actionem civilem ex hoc genere esse dicit, si generalitatem verborum sequimur, aperte actionem præscriptis verbis excludit. Merito igitur quærendum de eius loci sententia, & in ea controversia utram potius ex his actionibus in hac specie & quam convenienter ei loco dandam putemus. Neque hoc supervacue quæritur, quasi nihil intersit utra detur ad id petendum, de quo convenit, dummodo detur aliqua. Nam inter has actiones ad ius tam actoris, quam debitoris multum interest. Actio præscriptis verbis famosa non est. Nulla enim actio huiusmodi

modi notatur edicto de infamibus. *L.* 1. *D. de his qui not. inf.* Actio de dolo damnatum eo iudicio infamem facit eodem edicto. *L.* 1. *de his qui not. inf. L. pen. D. de in int. rest.* Actio praescriptis verbis, quia ex contractu est, & rei persecutionem continet, perpetua est, heredibus datur, & in heredes. *Institut. de perp. & temp. action.* in princip. & §. 1. Actio de dolo intra biennium solum conclusa est. *L. ult. C. de dol.* Et quia ex delicto est, ac poenam continet, in heredem non datur, nisi de eo quod ad eum pervenit. *L. si plures*, §. 1. *D. de dol.* Merito ergo redimus ad quaestionem, utram actionem ex his in proposito dandam putemus, & in eo quae sit superioris loci sententia. Et iam dixi, etiam tunc cum feci, ut dares, esse mihi actionem praescriptis verbis, qua tecum agam in id quod mea interest, si non des id de quo convenit: eo fieri, ut in eam rem non sit de dolo.

X. Quod ad superiorem locum Pauli attinet, fatendum est eum plane repugnare, si generalitatem verborum sequimur. Sed efficiendum est, ut praecedentibus subserviat, atque ex his ita interpretandus, ut si faciam ut des, ac posteaquam feci, cessas dare, nulla sit civilis actio: intellige, nulla talis, qualem supra commemoravit, id est nulla condictio ad repetendum id quod factum est, aut eius facti incommodum. Nam prius duas actiones posuerat, actionem praescriptis verbis de eo quod convenit, & condictionem eius quod datum est. Actio quidem praescriptis verbis dicitur civilis, sed minus proprie. Paulus certe ipse, de cuius sententia nunc agitur, alibi negat esse civilem. Negat enim in *L. interdictum, D. de prec.* ullam actionem iuris civilis, id est civilem, competere de precario: ut appareat, si de eo etiam actio est praescriptis verbis, ut certe est: *L.* 2. *D. de prec.* hanc actionem Paulo non esse civilem. Quod quomodo accipiendum sit, supra proximo capite ostendimus. At condictio ob caussam dati caussa non secuta omnium consensu & civilis est, & vere civilis, quia certa, & certo iure prodita. Priore igitur remota ex usu loquentis, intelligendum est relinqui hanc ipsam condictionem dati factive, quam neget Paulus in specie proposita ullam esse. Itaque hic erit sensus: cum feci ut dares, si posteaquam feci, cesses dare, nulla mihi condictio est ad revocandum id quod feci, ut in superioribus generibus duobus condictio est ad repetendum, quod dedi. Et ideo de dolo dabitur: nempe hoc ipso casu, in quem condictio petitur, & alia actio nulla est; & dabitur in hoc, ut quod mihi eo facto abest, id reddatur, in quam sententiam *L. cum proponas, C. de dol.*

XI. Indigebat haec interpretatio, ut in re usque adeo controversa, multo pluribus verbis & confirmatione certiore. Sed hoc loco omitto consulto: quia de hac re tota disserui copiosius & ex professo in libro de praescriptis verbis & in factum actionibus. Unde si quis requirat certiorem explicationem totius huius quaestionis petere licebit. Maneat ergo, quod proposui, superiorum generum communia esse haec tria, cum de eorum obligatione quaeritur; ut pariter ex omnibus sit obligatio civilis ad id praestandum, de quo convenit; ut sit ea, quae re contrahatur. Ut quoniam civilis haec obligatio est, sit ex ea quoque civilis actio, cuius ea vis sit, ut ad id petendum de quo convenit, actionem de dolo excludat.

XII. Sunt & in his generibus quaedam quorumdam propria. Et duorum priorum, cum scilicet do ut des, aut do ut facias, proprium hoc est, ut sit in utroque duplex obligatio, & duarum rerum. Apparet enim in utroque id quod datur, dari ob caussam ut aliquid sequatur, dum ita datur, ut des aut facias. Hinc, ut dixi, obligatio duplex. Una ex conventione aperta, qua continetur, ut des aut facias, ex qua est ad eam petitionem praescriptis verbis actio. Qua parte pertinet obligatio ad id genus, de quo nunc agimus, in quo quid datur aut fit, ut praestetur aliud. Altera est ex conventione tacita, posita in eo, ut quod datum est, reddatur. Diximus enim supra, quidquid ob caussam non inhonestam datum est, caussa nondum secuta etiam ex poenitentia repeti posse, *L.* 3. *L.* 5. *D. de condict. caus. dat.* Unde & condictio ob rem dati caussa non secuta. Haec obligatio pertinet ad prius illud genus, quo id agitur, ut reddatur idem, quod datum est, non aliud. In quo & de hac specie ante diximus.

XIII. Obligationes tamen hae & actiones eiusmodi, non quae concurrant una, sed quarum altera uti liceat, prout ei qui dedit, visum fuerit; aut petere, quanti interest eius illud, de quo aperte convenit, accipere; aut datum repetere re nondum secuta. *d. L. naturalis*, in princip. & §. 1. *de praescr. verb.* Nec quisquam miretur ex uno contractu duas esse duarum rerum diversarum obligationes. Unus enim contractus est, si complexum conventionum

num spectamus, quia earum unus est complexus. Re autem vera duo hic facta, duæ conventiones. Una ut des aut facias: altera, ut priusquam dederis feceris, reddas quod accepisti, si visum erit repetere.

XIV. Quod tamen diximus in his generibus esse dati condictionem, hactenus verum est, nisi servum tibi dederim, ut dares quid aut faceres; deinde servum acceptum manumiseris, ac postea cesses dare id, de quo convenit. Nam hic manumissum condicere non possum, qui liber factus desiit esse in commerciis, eoque & versari posse in hominum petitionibus. Sed ne tibi dolus tuus prosit, placet te nihilominus mihi teneri, ut manumissi æstimationem præstes, si malim hanc consequi, quam petere, quod promisisti. In quam rem cum non sit condictio, quia æstimationem tibi non dedi, restabat, ut si quam hic actionem esse vellemus, esset eo nomine actio de dolo. Quod & placuit: eaque species est, & sententia *L. cum proponas, C. de dol.*

XV. In duobus generibus reliquis, cum facio ut des, aut facio ut facias, una tantum contrahitur obligatio ut des aut facias. Ut autem reddas, quod feci, nulla, si quidem dolus tuus absit. Nam condictio quidem facti per rerum naturam nulla est, ubi nec factum potest reddi, quod præteritum evanuit: nec mutando revocari, quia facta infecta fieri non possunt. *L. in bello, §. facti, D. de captiv.* Poterat superesse actio de dolo; sed huic locus non est nisi adversus eum, qui dolum admisit, fecitque dolo malo, ut cum ego fecissem, tum non daret aut faceret, quod promisit. Quod si dolus eiusmodi aliquis arguatur, tum erit actio de dolo, de qua Paulus scribit in *d. L. naturalis, §. quod si faciam*. Sed in hanc rem, ut dixi, non ut præstes id de quo convenit, sed ut si malim, præstes quanti interest mea factum non fuisse, quod feci. In quo inest quasi quædam facti revocatio.

XVI. Hæc de his contractibus huius generis, in quibus aperte quid præstatur ea lege item nominatim interposita, ut præstetur aliud. Monui supra eodem *Capite 14. Lib. 12.* etiam ad hoc genus pertinere quosdam contractus, in quibus cum idem fiat, & agatur, quod in superioribus: tamen hoc distent, quod aut factum prius incertum habeant, aut habeant incertam conventionem, prioris generis esse promissionem dotis, & salarii pollicitationem: posterioris obligationem iudicati, iurisiurandi, & eam qua citra conventionem ullam tenemur certis quibusdam personis, his scilicet, quibus in eam rem extraordinariæ actiones propositæ sunt. In quibus caussis uti factum præcedens erueretur, ubi item conventio de alia re præstanda, ac proinde uti in omnibus intelligeretur obligatio re contrahi, satis diximus eodem illo *Cap. 14. Lib. 12.* quia tum locus hanc explicationem postulabat. Quare his omissis, quid in his proprie notandum putem, quod ad eorum naturam plenius cognoscendam pertineat, paucissimis perstringam. Promissio dotis tunc valere incipit, cum nuptiæ secutæ sunt. Ex ea est actio in personam. Quæ sit, eodem illo capite a me scriptum est. Sed ei præterea privilegium hypothecæ adiunctum, ut quisquis dotem promisit marito, aut etiam pacto pollicitus est, eius res omnes pro dote sint tacite pignori obligatæ. Constitutum a Iustiniano in *d. L. unica, §. & ut plenius, 1. C. de rei uxor. act.* Salarii pollicitatio præter ea, quæ eodem loco scripsimus, nihil habet, quod magnopere notemus. Iudicati obligatio & actio persequitur exsecutionem rei secundum actorem iudicatæ. Proinde non prius qualis ea sit, recte intelligi potest, quam cognitum erit, quæ sit iudicii ratio quid rite iudicatum. Ideo & de ea in exsecutione sententiæ dicetur opportunius. Iusiurandum ad dirimendas conventione lites, eoque & ipsum ad iudicia pertinet. Nos de hac specie ex professo scripsimus ad *Tit. D. de iureiurando*. De extraordinaria actione, quæ de honorario certis personis proposita est, nihil habeo amplius, quod moneam, quam quod de his comprehensum est in *L. 1. D. de extr. cognit.* & quod de origine & caussa huius petitionis adiici eodem capite, quod aliquoties iam indico, id est *Cap. 14. Lib. 12.*

CAP.

CAP. XXXVI.

De obligatione verborum: Huius unam caussam esse stipulationem: Stipulatio quid sit, & unde nomen: Quibus rebus ea perficiatur: Quæ eius species: Quæ hinc obligatio; Et quam recte ex verbis inducta, quæ sine eiusmodi verbis solo consensu nulla esset.

Transitio ad verborum obligationem. I.
Una verborum conceptio, quibus obligatio contrahitur: interrogatio & responsio de re aliqua præstanda. II.
Conceptio illa verborum appellata stipulatio; & quare. III.
Notatio nominis atque etymon obiter; & quid ita. IV.
Stipulatio caussa obligationis verborum. V.
Contraria nonnulla removentur. VI.
Stipulationis obligatio consensu firmatur, & conceptione verborum. De consensu alibi. VII.
Conceptio verborum interrogatione constat, & responsione. Quædam utriusque communia; quædam propria responsionis. VIII.
Communia tria, & quæ. IX.
Propria responsionis duo; & quæ illa. X.
Stipulationis genus unum, spectata forma verborum. Stipulationum divisio a consensu. XI.
Ideo stipulationes aut voluntariæ, aut necessariæ. Quid illæ. XII.
Voluntariæ ex libera voluntate contrahentium. Eæ unius generis. XIII.
Necessariæ plures ex vario necessitatis genere. Triplex harum divisio; & quæ. XIV.
Plura de stipulationibus quæri, quæ omissa a veteribus. Ista quo in loco ab auctore disputata. XV.
Quorsum spectet stipulationum a consensu divisio. XVI.
Stipulationis effectus, obligatio civilis, & actio. XVII.
Pactiones omnes stipulatione firmatæ obligant. XVIII.
Quare civilis obligatio non pacto tribuatur, sed verbis, seu stipulationi. XIX.
Quo sensu ex verbis nasci dicatur obligatio. XX.
Obligatio verborum cur ita nuncupetur. XXI.

I. HActenus de eorum contractuum natura & potestate, in quibus non sola conventio, sed res ante data factave ad conventionem accedens initium obligationi præbet, qui ideo re fieri dicuntur. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Hos sequitur in divisione a Iustiniano proposita id contractus genus, quo verbis ad conventionem accedentibus [1] contrahitur obligatio. Et hoc quale sit, iam ordine consideremus.

II. Illud primum, quæ hic verba accipere debeamus. In quo, ne plura hic quæramus, quam necesse est, ante omnia sic habendum puto, eorum verborum, quæ valeant ad constituendam obligationem verborum eam, de qua nunc agimus, unum genus esse, non plura: unam denique conceptionem verborum caussam esse verborum obligationis, quemadmodum & una est verborum obligatio. Ea verba sunt interrogatio & responsio inter aliquos interposita de re aliqua præstanda, cum unus interrogat, an alter dare velit quid, aut facere; qui autem interrogatus est respondet se daturum, facturumve. Ut, decem dabis? dabo. Insulam mihi in illo loco ædificabis? faciam. Sic describuntur hæc verba in hoc genere obligationis. *Inst. de verb. obl.* in pr. *L.* 1. §. *verbis*, *D. de obl. & act.*

III. Est autem hæc conceptio verborum ea, quæ in usu iuris uno verbo dicitur stipulatio. Sic enim stipulatio definitur, verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet. *L.* 5. §. *stipulatio*, *D. de verb. obl.* Ut appareat verborum obligationem eandem esse, quæ nascitur ex verbis, & quæ nascitur ex stipulatione. Nominis ratio huiusmodi est. Nam

[1]) Cuius origo an iuri gentium an civili adscribenda? Posterius placet Vacon. 5. *Declar.* 68. Cuiac. *ad L.* 1. *h. t.* & *ad L.* 1. *de pact* & *in not.* §. 2. *I. de I. N. G. & Civ.* 5. *Obs.* 36. & 14. *Obs.* 40. Vult. *Pr.* 1. *h. t. n.* 4. & *seqq.* Cl. David *in d.* § *ius a. gent.* 2. *n.* 6. Gœd. *de Contr. stipul.* C. 2. *Concl.* 1. Contra Rev. 2. *Var.* 5. Forcat. *Dial.* 72. *n.* 1. (hoc præter cætera argumento, quod per stipulationem Lex lata rogatione & responsione populi) Walt. 2. *Misc.* 11. Hopper. *Lib.* 2. *ανθεσεων pag.* 34. origine esse iuris civilis sentit, usu iuris gentium, & exteris etiam permitti. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. fideic.* C. 1. *inh. f.* olim fuisse iuris civilis, hodie iuris gentium &c. sed plenius hanc quæstionem excutit Gœd. *d. C.* 2. quam ad hoc adi.

Nam in hac actione interrogandi respondendique sic personæ & facta contrahentium verbis notata & distincta sunt. Qui interrogat, an alter daturus sit, aut facturus necne, dicitur stipulari sibi quid ab altero. Qui respondet se daturum facturumve, dicitur [2] promittere, item & spondere. Nec unquam ista ita confunduntur in usu iuris, ut qui stipulatur, dicatur promittere; aut qui promittit, stipulari, quandiu quidem stipulari active sumitur, ut fere semper; alioqui etiam in passiva significatione interdum usurpatur de reo qui dicitur stipulari; & stipulatus, pro eo quod est interrogari, & interrogatus, seu stipulatione obstringi, & stipulatione obstrictus. Sed hoc rarius. In hoc quidem argumento, quod sciam, fere nunquam. Hinc stipulator & promissor ubique opposita; ubique stipulandi reus, & reus promittendi. Sed tamen obtinuit, ut tota conceptio interrogationis illius & responsionis diceretur stipulatio: nempe ex parte totum, non sane proprietate & comprehensione verbi, sed [3] consequentiæ necessitate, cum ea pars ponitur, qua posita, propter coniunctionem necesse sit alteram intelligi. Quod in hac parte accidit, ubi non est ad obligationem stipulatio seu interrogatio utilis sine responsione. Quod & in innumeris aliis appellationibus rerum observatur, ut donatione, promissione, sponsione, fideiussione, satisdatione, satis acceptione, & similibus. In quibus cum res geratur inter duos: quorum actiones verbis sunt distinctæ, ex unius tamen facti appellatione tota actio designatur ob eam coniunctionem partium actionis, quam dixi.

IV. Stipulandi autem verbum etiam pro interrogare an des aut facias, prima fronte obscuram rationem habet. Neque enim stipulari idem valet, quod interrogare. Sed nihilominus interrogationi illi optime convenit. Est enim stipulari, interrogando quem an det aut faciat, sibi ab eo cavere, & firmare obligationem. Origo verbi indicat, dictum esse stipulari vel [4] a stipando, ut Varroni placet; vel, ut aliis, a stipulo, quod antiquis firmum significabat. Quod & nostri secuti sunt. Utrumque autem huc redit, ut dictum sit a firmando. Nomen ex re. Inventa est enim stipulatio firmandæ & adstringendæ obligationis caussa. Quod ex effectu & obligatione postea intelligetur. Hæc attigi breviter, & sine alia probatione consulto, quia eadem ista exposita sunt a me, & confirmata diligentius ad *L. 5. §. stipulatio, D. de verb. obl.* unde licet sumere.

V. Redeo ad caussam huius obligationis, quæ est in superiore conceptione verborum interrogationis & responsionis, uno autem verbo in stipulatione. Sic enim ut dixi, ea conceptio appellatur. Atque hanc quidem certam caussam esse constat, ex qua nascatur ista obligatio, de qua postea. Sed an sola hæc caussa eius obligationis? Dixi [5] unam hanc esse, non plures. Idque ita est. Indicant tractationes de hoc genere, quæ exstant cum in *Institutionibus*, tum in *Pandectis*. Nam in divisione obligationum pertractanda, cum ventum est ad obligationes verborum, una hæc caussa eius obligationis ponitur, non plures, non dico in *Institutionibus*, quæ possunt videri breviores; sed in *Pandectis* sub Titulo omnium qui illic sunt, fere longissimo, qui inscribitur *de verborum obligationibus*. In quo de una stipulatione agitur, & ea quæ inde nascitur obligatione verborum. Aliarum autem caussarum & specierum huius obligationis ne tenuissima quidem significatio.

VI. Nam quod legimus in *fragmentis*, quæ *Institutionum* Caii nomine circumferuntur, etiam verbis constitui obligationem iureiurando, quo libertus iurat se præstiturum patrono donum, munus, operas, item dictione dotis; præterquam quod satis refellitur superioribus tractationibus huius generis, in quibus ne verbo quidem

2) Cuiac. 15. *Obs.* 22. minus esse promittere quam spondere: Seneca. *iam non promittunt de se, sed spondent*. Et verbo promittendi sæpe pactum significatur & pollicitatio & omnis contractus. *L. 9. pr. de duob. reis L. 5. C. h. t. L. 19. §. 2. de ad ed.* & A. Fab. 45. *Err, Prag.* 8. *p.* 937. Sed & vocis *spondere* latiorem sensum esse, nec tantum ad stipulationem, verum quoque ad pactum pertinere, reprobat Gœd. *ad L. 7. de V. S. n.* 18. *per L. 7. §. 12. de pact.* ubi tamen vers. *nisi contrarium* Triboniani esse contendit Hot. 7. *Obs.* 3. respicientis *ad L. 10. C. h. t.*

3) Propter relationem Baro *in L. 1. h. t.* addens quod verba restipulari, respondere, repromittere arguunt verba simplicia communia esse interrogantium & respondentium. Quod de verbo stipulari certum, de verbo spondere dubium, de verbo promittere omnino falsum puto.

4) Quod forte a stipite *d. Pr. I. h. t.* Ut enim stipes rem aliam munit, ita stipulatio obligationem cui subiicitur, vid. Cuiac. *in Par. C. h. & 10. Obs.* 24. Vult *pr. I. h. n.* 18. Gœd. *C. 1. Concl.* 1. Quin & stipes merces quæ stipatoribus seu militibus data, unde derivare malunt Corras. 1. *Misc.* 25. *n.* 8. Catell. Cotta *in Memoral. v. stipulum* Christian. Becman. *de Originib. Lat. ling. V. Stipa* a stipando, quod pecunia signata stiparetur. Festus *Lib.* 17. Sc. Gentil. *Orig. Lib. sing. p.* 377. in agris hoc nomen invenisse censet, quod segetum manipulos rustici stipulis in morem nodi contortis, adstringere & obligare solent. Sic stipulationes inventæ obligationibus adstringendis. At Catell. Cotta *d. loc.* nunquam se apud probatos auctores *stipulum* pro firmo reperisse. Quasi vero legerit omnes antiquos, qui pene omnes in vastationibus Italiæ interierunt, ait Greg. Lopez *Animadv. C.* 9. *n.* 18.

5) Diss. Cuiac. *in L. 1. & in tit. D. de pact.* passim & ad *L. 4. de transact.* ac multis tuetur contra Donell. Gœd. *de Contr. stip. in Prolegom. n. 7. & seqq.* ubi vide.

hæ species inter obligationes verborum usquam appellatæ sunt, atque adeo ne nutu quidem significatæ; etiam per se falsum esse aperte convincitur aliis locis. Constat enim obligationem illam liberti nasci ex iureiurando, non ex verbis. Unde & iurisiurandi obligatio dicitur, non verborum. *L. ut iurisiurandi*, *D. de oper. lib.* In dictione autem dotis si qua olim verba necessaria fuerunt ad obligandum eum qui dixisset dotem marito, declaratur satis in *L. ad exactionem*, *C. de dot. prom.* non alia hæc fuisse, quam stipulationem. Hoc enim solum illic ex iure vetere remittitur. Utcumque autem in hac re olim fuerit obligatio, nunc quidem hoc constat, quod superiore lege effectum est, nullam in hoc genere esse obligationem verborum, cum placeat ad exactionem dotis promissæ, quanvis pollicitationem sufficere. De quo disserui fusius in commentariis ad inscriptionem *Tit. de verb. obl.* Sit igitur hoc constitutum, ut obligationis verborum caussa est stipulatio, ita & hanc unam caussam esse non plures. Ex quo huc res redit, ut quemadmodum sub Titulis *de verborum obligationibus* factum est in *Pandectis*, & *Institutionibus*, in tota hac quæstione de caussa obligationum huius generis de sola stipulatione, & conceptione superiore quærendum sit, & quid ea desideret, videndum.

VII. Constat stipulatio verbis superioribus citra controversiam, quæ ita sunt [6] propria huius contractus, ut inde etiam nomen habeat. Dicitur enim fieri verbis, *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Et quæ hinc obligatio est, ex verbis, & verborum, §. *ult. Inst. de obl.* Sed constat stipulatio & consensu, ac nisi inter consentientes nulla est. *L. inter*, §. 1. *L. continuus*, §. 1. *D. de verb. obl.* Commune hoc contractuum omnium, ut nullus sit, qui non habeat in se conventionem, *d. L.* 1. §. 1. *de pact.* Stipulatio autem [7] contractus est. *L. non solum*, *D. de obl.* Unde & quæ ex verbis seu ex stipulatione nascitur obligatio, dicitur esse ex contractu. *d.* §. *ult. Inst. de obl.* Quid consensus hic desideret, repetendum ex præceptis communibus de consensu & conventione, de quibus initio diximus.

VIII. Quid postulet verborum conceptio, quando hæc stipulationis propria est, etiam huius loci est, ut hic cognoscatur. Constat ea conceptio, ut videmus, interrogatione dandi faciendive [8] præcedente, & responsione in eandem rem secuta. In his quædam sunt communia utriusque, quædam propria responsionis, quæ omnia ius requirat in hac conceptione.

IX. Communia tria. Primum, ut qui interrogat; & qui respondet, [9] ambo verbis id faciant loquendo, non autem interrogationem aut responsionem vel scripto vel nutu significet. Alterum, ut uterque ex his alterum exaudiat, quod fit inter præsentes solum & facultate audiendi præditos. Tertium, ut uterque alterum ex auditu intelligat. Quorum priora duo ad verba colloquentium inter se; tertium ad consensum magis pertinet.

X. Propria responsionis duo. Unum, ut qui respondet, illico respondeat; ut quemadmodum in stipulatione una conceptio est, ita sit unus contextus partium eius; id est interrogationis & responsionis. Alterum, ut respondeat convenienter interrogationi. Tot sunt ad formam & conceptionem verborum stipulationis pertinentia, tractata ab Ulpiano in *L.* 1. *D. de verb. obl.* Ubi quid unumquodque postulet, quam vim habeat, & unde in

6) Licet cæteri fere per verba quoque explicentur, tamen hic non animi tantum declarandi caussa verba exiguntur, sed in iis consistit substantia conventionis: In cæteris autem consensus alio modo declarari potest. Gœd. *in Prolegom. n.* 4. *&* C. 3. *n.* 75. *& seq.* Male vero Rev. 2. *Var.* 5 omnes stipulationes sic ex interrogatione & responsione subsistere ipso iure & lege civili, ut & iocandi animo interposita teneat. Legem ad formulam solum & nudam verborum pronunciationem respicere: Prætorem vero mentem intentionemque inspicere. Non refellitur ex *L.* 3 *in fi. de O. & A.* Nec ideo dicitur verbis contracta, quasi verba sufficiant absque consensu, quod absurdum, alias & furiosus stipularetur sibi, sed quod sine iis consensus non sufficiat. Hopper. *Lib.* 2. *...* *pag* 37. omnem solemnitatem in eo ponit ut in testationem referatur, idque vel advocatis testibus vel confectis scripturis, vel datis arrhis, vel coram populo, vel adacta coram tabellione Quod si nihil accedat interrogationi ac responsioni, non videre se, cur plus illi vigoris, quam nudæ conventioni. Sed illa iuris auctoritate carent, imo aperte adversantur, & illius vigoris ratio certior *h. Cap. in fi* Sane non quævis interrogationem subsequens responsio, etiam in negotiis hominum commercialibus, efficit stipulationem. Ut si roganti: vendis mihi ædes 100. respondeat quis vendo: non est stipulatio contracta, sed venditio, ceu probat *L.* 35. § *ult. h. t.* quod contractus consensu perfecti possint celebrari per interrogationem & responsionem; sed ea non sit necessaria, modo aliunde consensus appareat, vid. *L.* 7. §. 12. *de pact.* Vasq *de Success. creat Lib.* 1. §. 5. *n.* 12. Gœd. C. 1. *n* 67. *& seq.* Forst. *de Pact* C. 7.

7) Quod pluribus adstruit Gœd. C. 1. *Concl.* 3. & quos citat *ibi n.* 27. quibus add. Bellon. 2. *Supput.* 8. Diss. quos refert ibid. *n.* 22. & Hopper. *Lib.* 2 *...* *cit. fin.* volens non tam esse contractum quam aliorum contractuum quoddam quasi sepimentum.

8) Non valet stipulatio nisi interrogatio responsionem præcedat *L.* 52. §. 2. *de O. & A L.* 1. *C. de Usur.* Ratio vulgo redditur, quia stipulator alias certus esse nequit, an promissor animo obligandi responderit. Quæ etsi displiceat Ale 2. *Parerg* 19. probatur a Walt. *h.* 1. *Misc.* 23. ex illis Plauti *in Pseudo Act.* 1. *Sc.* 1. *Roga me ut me effecturum tibi quod promisi sciat.*

9) Vid Gœd C 3 *Concl.* 9. *& seqq.* Non per signa nec per scripturam, etiam inter præsentes, ut si, ne circumstantes intelligant, unus interroget per litteras, alter respondeat L. *Titius* 24. *de Cond. pec* Nec per verba alia ad id significandum non apta, de quorum significatione prius inter partes convenerat. Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 3.

in stipulatione requiratur, ordine & dilucide exposui.

XI. Ut stipulatio his rebus constituta una caussa est verborum obligationis: ita in hac ipsa caussa unum genus est stipulationis, non ut in superiore genere, species plures, si formam, & conceptionem superiorem spectamus. Sin spectamus consensum, quo pervenitur ad stipulationem conficiendam, hic nonnullum est inter stipulationes discrimen. Nam in quibusdam liber est hic consensus, in nonnullis voluntas promissoris cogitur. Ex qua varietate est illa divisio stipulationum, quæ traditur in *L. 5. D. de verb. obl.* & *Inst. de divis. stipulat.* Omninoque ad eam libertatem & necessitatem stipulationis conficiendæ notandam referri debet. Quem usum divisionis alioqui magnopere necessarium ut certius nobis perspicere liceat, sic videtur divisio tota ad eam rem quam commodissime concipi posse. Cum quæritur de consensu, quo ad stipulationem initio acceditur, ut hic consensus duplex est, ita hinc [10] duo genera nata stipulationum.

XII. Quædam sunt voluntariæ, quædam necessariæ. Voluntariæ sunt, in quibus volens volenti promittit, ut qui interrogatur, si velit, promittat: si nolit non cogatur. Hæ sunt, quæ in superiore divisione veterum dicuntur conventionales. Quia ex sola conventione contrahentium proficiscuntur. Tales sunt fere stipulationes omnes, exceptis certis quibusdam, quæ sunt in altero genere. Necessariæ sunt, quæ invito promissori iniunguntur, ut quanvis stipulanti nolit promittere sua sponte, tamen iure cogatur.

XIII. Voluntariarum seu conventionalium stipulationum caussa una est, voluntas nimirum libera contrahentium. Ideo earum, qua stipulationes sunt, genus unum est, & simplex.

XIV. Necessariarum caussæ variæ. Ita enim in his promittendi necessitas est, uti sunt, qui hanc necessitatem imponunt. Atque hinc necessariarum species & divisio. Imponitur hæc necessitas alias a iudice, alias a magistratu iudicis partibus non fungente. Hinc necessariarum species tres, iudiciales, prætoriæ, communes. Quæ sunt tres illæ reliquæ, quas a conventionalibus distinctas in superiore divisione veteres posuerunt. Iudiciales dumtaxat ita definiunt, quæ a mero iudicis officio proficiscuntur. Id est quæ a solo iudice iudicio de alia re instituto, eius iudicii firmandi caussa promissori iniunguntur. Prætorias, quæ a mero prætoris officio proficiscuntur, id est quæ a solo magistratu, & eo iudicis partibus non fungente promissori imperantur. Communes vocant, quæ interdum a iudice, alias a magistratu iniunguntur, prout res exigit.

XV. Hic quæ sint stipulationes singulorum generum, & quot sint, quibus in caussis locum habeant, quid contineant, quibus notis discernatur ad iudicisne, an ad magistratus officium & iussum pertineant, si quis iussus non promittat, quæ sit ratio cogendi: hæc sunt, quæ in singulis generibus quærenda esse, res ipsa, & definitiones superiores nos admonent. Quæ magna ex parte ignota fuisse veteribus, eorum scripta declarant. Quotus enim quisque est, qui minimam partem istorum attigerit, aut earum ipsarum, quarum exempla proponuntur in superiore divisione, vim atque usum satis perspexerit? Et tamen si sunt pleræque stipulationes, in quibus quis quid promittere alii stipulanti debeat: magnam & præcipuam quandam eius divisionis utilitatem esse oportet, si superiora illa hac divisione explicantur. Nemo enim non intelligit, quantum intersit, volens quis quid promittat, an vero invitus id facere cogatur. Quamobrem eam divisionem exponens ad titulum de verborum obligationibus studui totum hunc locum antea veluti interclusum nostris aperire, & pervium facere, inducta explicationis & certitudinis luce, quantum locus postulare videbatur. Quæ nostra tractatio est ad *L. 5.* in pr. *D. de verb. obl.*

XVI. Tantum hoc loco divisionis usus notandus est, quem dixi. Eam scilicet huc spectare, ut doceamur non tantum stipulationes a consensu esse, conventionales & voluntarias, quæ maxima eorum pars est; sed & quasdam esse, in quibus cogantur promissores etiam inviti quid stipulanti promittere, & simul ostendit quæ sint, & quales, si recte explicetur. Sed hæc stipulationem antecedunt, cum quæritur de consensu, quo ad eam acceditur. Cum autem ventum est ad stipulationem, ut ea communi consensu quanvis coacto interponi debeat: sciamus formam unam & rationem esse stipulationis conficiendæ,

 eam

10) Hopper. *Lib. 2.* [illegible] *pag. 71.* alias esse privatas, seu conventionales, alias publicas. Atque has vel iuris & iurisdictionis civilis Iudiciales, vel Prætoris & misti imperii Prætorias, vel a duobus simplicibus inter se mistis; communes, Gœd. *Cap. 5. Concl. 12.* duas species facit conventionales ac honorarias, atque has deinde subdividit, de hac divisione consulendus *d. Concl. 12. & seqq.*

eam quam supra diximus, atque hactenus non plures species esse stipulationis.

XVII. Utque uno modo conficitur stipulatio, ita contractæ vis una, a cuiuscumque tandem voluntate aut iussu profecta sit. Ea est obligatio, ut qui stipulanti promittit, iure obligetur: quæ ex re dicitur obligatio verborum. Primum de iure obligationis certi iuris est, ex stipulatione recte constituta ad eum modum, quem diximus, si quidem conventionem tantum hic quærimus, semper iure civili nasci obligationem & actionem, qua tenetur stipulanti is, qui promisit. *Inst. de verb. obl.* in prin. *§. de constituta, Inst. de act.*

XVIII. Quo iure posito, cum omnes pactiones in stipulatum, id est in eam conceptionem interrogationis & responsionis, quem diximus, deduci possint: fit, ut omnes quantumvis per se inutiles adhibita stipulatione, in quam veniant, iure confirmentur: obligatione videlicet nata de ea re, quæ pacto continebatur. Inde dictum pactiones nudas ut traditione rei, ita stipulatione sumere effectum. *L. divisionis, D. de pact.* Et vero in hunc ipsum usum stipulatio inventa est: conventionum, inquam, [11] firmandarum, & adstringendæ obligationis caussa: quæ Pauli sententia *Lib. 5. Recept. sent. Tit. de obligationibus*, eadem Celsi in *L. in quidquid, 99. D. de verb. obl.* Inde natum nomen cautionis pro stipulatione, dum per excellentiam nominis stipulatio appellatur cautio: & cavere est stipulanti quid promittere. *L. sancimus, C. de verb. signif. Tit. D. in ius voc. ut eant, aut sat. vel cautum dent. & Tit. D. si quis caut. iud. sist. cau. fac. non obt.* Est enim cavere alicui, securum eum de re aliqua promissa facere, rem ei in tuto collocare. *L. 1. D. qui satisd. cog.* Id autem maxime fit stipulatione, si quidem de firmanda tantum obligatione agitur, non etiam de fide & probatione constituenda rei gestæ. Nam ex stipulatione, ut dixi, obstringitur certo iure omnis, qui promisit. Alioqui si de fide rei gestæ agitur, constituitur hæc creditori chirographo debitoris, aut alio instrumento quod iussu debitoris pro creditore scriptum sit. Quo fit, ut ad fidem rei hoc quoque modo caveatur, res in tuto collocetur creditori. Unde & huiusmodi instrumenta dicuntur cautiones. *L. emptor, 47. §. ult. D. de pact. L. qui tabulas, 27. D. de furt.* Tantum videndum est, ut ex circumstantiis eius, de quo agitur, verbi huius significatio discernatur.

XIX. Hoc loco oritur de hac vi stipulationis quæstio, quam recte placeat ex stipulatione, id est ex verbis, nasci istam stipulationem, ubi constet sine his verbis obligationem futuram non fuisse. Videtur enim prima fronte absurde constitutum. Nam in pacto sine verbis nihilominus consensus est de re præstanda. *L. 1. D. de pact.* Verbis stipulationis accedentibus semper idem consensus. Proinde in eadem caussa, id est in eodem consensu idem ius statui oportebat. *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Nunc autem placet ex pacto, & consensu solo obligationem & actionem non nasci. *L. iurisgentium, §. sed cum nulla, D. de pact. L. legem C. eod.* An non igitur absurde constituitur nasci ex stipulatione, ubi eundem solum consensum admiseris? Dices in stipulatione accedere conceptionem verborum, & hoc amplius esse, quam in pacto. Ideo hinc nasci potius obligationem. At hoc dicitur absurdius. Sic enim dicitur ius impositum esse verbis, non rebus, ubi rebus iisdem manentibus, tamen propter verba constituitur obligatio. Scimus autem leges poni rebus, non verbis. *L. 2. in fin. C. com. de legat.* Dicendum est non esse eundem consensum in pacto, qui in stipulatione, etsi videtur. In pacto consensus promittendi more hominum vulgari sæpe ex levitate & impetu quodam magis proficiscitur, quam ex iudicio & certa voluntate, ut pluribus ostendi ad *L. legem, C. de pact.* Ideo non est visum utile veteribus ex pacto, qua pactum tantum est, & nudus ille consensus, actionem dare. In stipulatione est alius longe consensus: nempe certus & cogitatus, idemque certo iudicio ad obligationem adstringendam constitutus. Indicium est conceptio verborum, quæ ita comparata est, ut interrogatione præcedente eliciatur manifestus consensus promissoris. Merito igitur ut in dissimilibus caussis ius diversum constitutum est. Ex quo eodem intelligimus ius hic positum esse rebus, non verbis.

XX. Cur igitur dicitur in stipulatione nasci obligatio ex verbis? Non sane propter verba ipsa solum, ne quis erret; sed propter [12] consensum meditatum, quem diximus, qui verbis stipulationis declaratur.

11) Ut & iudiciorum constituendorum & stabiliendorum gratia, Gœd. *Cap. 5. Concl. 11.* ubi tamen hunc finem non primarium esse, sed subordinatum ac a principe fine promanantem docet.

12) Vid. *supra Lib. 12. C. 9. N. 3.* Sed num exceptio in Principe ut is efficacius ex nudo pacto obligetur æque atque ex stipulatione? Negat Vasq. *1. Ill. Contr. 45. n. 14. & seq.* quia nuspiam legitur exceptus & quia in pactioni-

tur. Ut dicendum sit, verba in stipulatione non proprie caussam esse obligationis, sed eius caussæ indicium ac velut symbolum, Sine quo tamen quia non nasceretur obligatio, idque solum huius conventionis proprium est, recte dicitur obligatio esse ex his verbis, quæ initium obligationi præbeant.

XXI. Hanc obligationem esse constat, quæ dicitur nostris obligatio verborum. *Tit. de verb. obl. in Inst. & in Pandectis*. Nomen ex re, & caussa, quia ex verbis, seu verbis ad consensum accedentibus nascitur. Sed cur verborum, cum nascatur etiam ex consensu, ut supra diximus? Cum consensus omnium contractuum sit communis, non potest ex consensu ullum genus appellari, quo ab aliis distinguatur. Ad id demonstrandum ea re & nota opus est, quæ sit eius generis propria. Quod & in his generibus contractuum designandis observatum est. Hinc obligatio, quæ nascitur re præter consensum accedente, dicitur contrahi, quæ verbis accedentibus & conventionis propriis, dicitur verborum: quæ literis intervenientibus, literarum.

ctionibus iure privatorum utitur, nec ut princeps consideratur. Confer *supra Lib. 12. C. 21. N.* 10. Quid si stipulatio caussa alia careat? Eam inefficacem vulgo statuunt, exceptione doli elidi per *L.* 2. §. 3. *de doli exc.* Gomez. 2. *Resol.* 9. *&* 11. *n.* 3. Hopper. *Lib.* 2. *πιθανῶν sub finem*. Gutierez. *de Iuram. confirmat.* 1. *C.* 47. *n.* 1. Anton. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. qui tamen iustam caussam præbere donandi animum *L.* 21. *pr. de donationib.* Contra Eman. Soar. *in annot. ad* Gomez. *d. C.* 9. *lit. P.* quia ipsa stipulatio per se firma caussa, & iustæ traditionis caussis accensetur §. *item* 3. *Institut. Per quas pers.* Qui vero dicetur sine caussa, cum si omnes alias amoveris, donandi caussam contrahentes præ se ferant. Nec facit negotium *d. L.* 2. §. 3. Nam ibi errore putans caussam subesse ex. gr. 100. sibi credita, promisit stipulanti. Qui erroris scius promissore pœnitente exigere perseverat. Atque hanc Bartoli a plerisque, ceu refert, deserti sententiam pluribus comprobat Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 54. *& seqq.* add. Gæd. *de Contr. stip. C.* 3. *n.* 70. *& seqq.*

C A P. XXXVII.

De literarum obligatione: Quomodo contrahatur: Tum de vi omnis cautionis scriptæ, qua quis se alicui quid debere confitetur.

I. Reliquum est ex tribus propositis genus postremum eorum contractuum, in quibus alia re ad conventionem accedente contrahitur obligatio, absque eo alioqui futura nulla. Id genus est, in quo sine re præcedente, sine verbis item stipulationis, solæ literæ accepti testes faciunt obligationem, quæ ideo dicitur literarum: de qua agitur *Tit. Inst. de liter. oblig.* Habet hoc genus obligationis paulo obscuriorem quæstionem, ut sunt ea, quæ de eo exstant in libris nostris. Ideo ope-

operæ pretium puto, quale id ſit, paulo attentius cognoſcere. Ad eam rem eadem illa duo ſpectanda ſunt, quæ & in ſuperioribus contractibus expendimus, quibus iiſdem ut ſuperiorum, ita & huius natura continetur: Primum quomodo hæc obligatio conſtituatur: Deinde conſtituta, quæ & qualis ſit obligatio, quam recte inducta dictave ex literis, quam recte dicta ex contractu.

II. Et conſtitutio huius obligationis, ſi ſummatim dicendum eſt, ita ſe habet: Qui chirographo, aut alio quovis ſcripturæ inſtrumento mutuo conſenſu tradito creditori profeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, quam poſtea ſe accepiſſe neget: is inde intra biennium hoc beneficio iuris utitur, ut per id tempus non teneatur confeſſione ſua, quin liceat ei impune negare ſe pecuniam accepiſſe. Atque idem ſi per id tempus beneficio iuris uſus queſtus ſit de pecunia ſibi non numerata, etiam hoc conſequitur, ut quam ab initio exceptionem pecuniæ non numeratæ intra id tempus habuit, fiat ei deinceps heredique eius perpetua. Sed beneficium conceſſum hac lege, ut ſi reus intra idem tempus beneficio iuris uſus non erit, querelam non numeratæ pecuniæ nullam movens, deinceps ex illo & confeſſionis ſuæ, & contempti ſuperioris beneficii hanc pœnam luat, ut literis ſuis obligetur, id eſt ita teneatur, ut quanvis quod profeſſus eſt ſe accepiſſe, non acceperit, nihilominus id omni modo ſolvere cogatur. Quæ quoniam obligatio nullam aliam debendi cauſſam habet, quam literæ conſenſu traditæ, hinc merito dicitur obligatio naſci ex literis, ſeu eſſe literarum.

III. Hæc deſcriptio cum omnia in ſe habeat ad cauſſam huius obligationis pertinentia, faciendum eſt, ut certo nobis conſtituatur. Quod ita fiet commodiſſime, ſi partibus eius diſtincte notatis, quam ex iure certo fidem accipiant, quam rationem & æquitatem ad ius ſuperius inducendum ſingulæ habeant, videbimus. Quod iam exſequi ſtudebo. Et ut eſt deſcriptio ſuperior, licet animadvertere quatuor eſſe ad ſummam, quæ obligationem literarum efficiant; Scriptum profeſſionem debiti continens, ſive id chirographum eſt, ſive aliud eiuſdem confeſſionis inſtrumentum etiam a tabulario confectum, quæ noſtris uno verbo, & præſertim in hoc argumento dicitur [1] cautio; *L. emptor*, 47. §. *ult.* *D. de pact.* *L. qui tabulas*, 27. *D. de furt.* *L.* 1. 2. 3. 4. 8. *C. de non num. pec.* Scriptum mutuo conſenſu creditori traditum; Debiti profeſſionem non cuiuſvis, ſed mutui accepti; Et non numeratæ pecuniæ querelam, quæ reo in hac confeſſione intra biennium libera conceſſa eſt, per id tempus omiſſam.

IV. Principio ſcriptum exigimus debiti profeſſionem continens; non ſolum quia ita facere neceſſe eſt ut ſit hinc obligatio literarum, de qua agimus: ſed etiam quia eadem confeſſio verbis teſtata ſine ſcripto, neque eundem favorem meretur, quem ſcripta, neque etiam unquam ita confitentem obligat, quin & ſemper liberum ſit negare ſe accepiſſe id, de quo confeſſus eſt, & in eam rem probationem inducere, qua impleta abſolvi debeat. Cuius differentiæ ratio cum ad vim huius obligationis pertinere viſa ſit, ideo in extremum reieci infra *Cap. ult. huius libri*.

V. Exigimus amplius, ut mutuo conſenſu ſcriptum traditum ſit ab eo, qui confeſſus eſt ei a quo ſe pecuniam accepiſſe ſcripſit. Non exprimitur hoc quidem in *d. tit. Inſt. de lit. obligat.* Sed & ex præcedentibus, & ex natura rei, de qua agitur, adiiciendum eſſe ſatis intelligitur. Sic enim tractatur de hac obligatione in *Inſtitutionibus*, ut ſit ea, quam prius Iuſtinianus in diviſione obligationum inter eas retulerat, quæ ſunt ex contractu, §. *ult. Inſt. de obl.* Non poteſt ex contractu eſſe, niſi inter quos res mutuo conſenſu geſta eſt, poſtquam nullus contractus eſt, qui non habeat in ſe conventionem. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Proinde & mutuo conſenſu hoc ſcriptum & confeſſionem inter eos interponi oportet, inter quos velimus conſiſtere huius rei obligationem.

VI. Ut quis ſcribat; ut ſcriptum tradat creditori, ut fateatur ſe debere, ex qua cauſſa non debet; poſita ſunt omnia in voluntate ſcribentis, ut quando hæc eveniant, quærendum non ſit. Ut autem quis cogatur ſtare confeſſioni ſuæ, & ut Iuſtinianus loquitur ſub hoc *Tit. Inſt.* ut poſt confeſſionem queri non poſſit ſe falſo confeſſum eſſe, cum ſtatuatur adverſus invitum, apparet in iure poſitum eſſe, non in confitentis voluntate. Ideo videndum, eaque ſumma & præcipua in hac obligatione quæſtio eſt, quid hic ius ſtatuat, ſeu quis cui confeſſioni literarum ſtare debeat, ut hinc conſtituatur ea neceſſi-

1) Quia datur creditori ut illi cautum ſit fide ſcripturæ. Donel. noſter *ad L.* 1. *C. de non num. pec. n.* 1.

cessitas solvendi, & uno verbo, ea obligatio, quam quærimus. Quod ut planissime intelligatur plus hic complectar, ut de vi universa cautionum dicam, quæ valeat ad confitentem sua confessione obstringendum: unde etiam de duobus reliquis quæ proposui id est mutui caussa, & hic omissa non numeratæ pecuniæ querela, facilius etiam ex comparatione aliarum cautionum, & certius constabit. Non statim vero superiori scripturæ, & confessioni suæ quis stare cogitur. Quo fit, ut non statim ex huiusmodi confessione sit obligatio literarum. Ita cogitur quisque confessioni suæ scriptæ stare, prout est vis cautionis cuiusque iure constituta.

VII. Cautionum huiusmodi vis hæc est. Quædam inutilis est, quædam utilis. Inutilis cautio & chirographum est, cum quis eo contitetur se quid debere [a] nulla expressa certa caussa debendi. Ut puta, scripsit quis hoc modo; Ego Titius profiteor me debere Sempronio centum, ex iustissima caussa, quæ ego illi solvam bona fide, ubi & quando volet. Hoc chirographum inane est, nec poterit confessus ex eo conveniri, quia omissa est debendi caussa. Hoc diserte in *L. cum de indebito*, in fin. *D. de prob. L. generaliter, C. de non num. pec.* Quod optima ratione placuit. Aut enim creditor centum illa petens nullam caussam debendi dicet, aut dicet aliquam. Si nullam, non est audiendus: quoniam nihil deberi potest iure nisi ex certis & constitutis caussis, ut declarat divisio proposita obligationum, quæ obligationes omnes ad certas istas caussas revocat. *§. ult. Inst. de obl. L. 1. D. eod.* Si aliquam: nihil ei ad eam probandam prodest chirographum; quod de ea caussa nihil exprimit. Tamque ad eam probationem ei inutile est, quam ad cætera omnia probanda, etiam alienissima, quæ chirographo non continentur.

VIII. Quapropter ea demum utilis cautio & confessio debiti est, qua quis confitetur se quid debere, nominatim addita certa caussa debendi: veluti, centum mutua sibi mutuo data a Sempronio, vel se ei debere ex caussa emptionis, legati, vel alia. Sed & utilium huiusmodi cautionum non una vis est. Earum duo sunt genera, vi & effectu distincta. Quædam probationem & fidem rei gestæ habent, obligationem nunquam; quædam e converso obligationem inducunt rei confessæ, nunquam probationem solam.

IX. Utrum horum insit in cautione & chirographo, ex caussa debiti confessi æstimandum est. Interest enim, utrum quis confessus sit se debere ex caussis omnibus aliis, quam mutui; an vero ex caussa pecuniæ creditæ, & numeratæ. In cæteris omnibus caussis hæc iuris constitutio generalis est, quacumque ex caussa quis scripto confessus sit se quid alicui debere, excepta caussa pecuniæ creditæ, valere eam scripturam ad probationem & fidem rei ita gestæ, ad obligationem nunquam. Valet ad probationem quia confessus confessioni suæ stare cogitur. *L. cum de indebito*, in fin. *D. de prob. L. generaliter, C. de non num. pec.* Nec quidquam æquius, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere, ut est in *d. L. generaliter*, & ut alibi scriptum est, quam fidem cuique adversus se haberi. *L. de ætate, §. 1. D. de inter. in iur. fac.* Sed probationem tantum habet ea scriptura: obligationem, ut dixi, nunquam inducit. Quod enim dicitur, unumquemque confessioni suæ stare debere, non absolute dicitur, sed cum hac exceptione, nisi is paratus sit probare se falso confessum esse, vel quia dicat non intervenisse eam caussam, de qua confessus est, vel quia dicat se non id, aut non tantum debuisse. Cæterum si id faciat, placet esse audiendum; & si probet, non iam eum chirographo & confessione sua teneri. *d. L. generaliter, C. de non num. pec. d. L. cum de indebito*, in fin. *de prob.* Quæ res satis declarat, eum qui ita confessus est se debere, ea scriptura non obligari. Eo enim spectat probatio superior, ut intelligatur eum non debere. Quod nihil aliud est, quam eum non obligari. Non enim obligatur, qui non debuit. Sed & hac probatione admissa, fit, ut confessus non omnimodo necesse habeat solvere. Quod & ipsum significat nullam hic in re obligationem subesse; cum obligatio sit vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ. Et ut forte reus probare non possit, quod dicit; tamen cum iure non impediatur id facere, sed probationis inopia, non eo minus verum est, eum chirographo suo non obligari, etsi ei in

a) *C. si cautio 14. extra de fid. instr.* Gail. 2. *Obs.* 13. *n.* 9. Quia certæ sunt caussæ obligationis iure statutæ, extra quas oriri nequit. Idem in liberatione; ex. gr. si confiteatur ita: Profiteor Titium debitorem meum mihi amplius non teneri. Confessio hæc non liberat, quia deficit caussa. Non enim hic modus liberationis, neque etiam pactum inter absentes & non consentientes. Quod si ita: Profiteor te non teneri, liberat *L. 40. pr. de pact.* quia continet pactum quæ iusta caussa iuris prætorii, Don. *ad d. L.* 13. *n.* 6. & 7. Male autem Hotom. 6 *Obs.* 19. hodie ex nuda scriptura post biennium nasci obligationem, etiam caussa non expressa.

in re dubia stare cogitur. Recte enim dicetur, non quia probatio deficit, ideo ius deficere: cum ius in rerum natura semper certum sit, etsi sæpe deficit probatio. *L. duo, D. de test. tut.*

X. Tantum notandum est, in hac probatione falsæ confessionis exigi a reo, ut probet se falso confessum non testibus, sed aliis instrumentis idoneis. *d. L. generaliter, d. L. cum de indebito*, in fin. Quod ita fiet, si exempli gratia, proferat reus syngrapham creditoris, qua is fateatur sibi a Mævio nihil deberi ex ea caussa, quæ eius chirographo continetur. Vel si emptor scripserit se certum debere ex caussa emptionis ob fundum Tusculanum ab eo emptum, & proferat instrumentum de cuius fide constet, quo contineatur eum fundum confitenti donatum esse, non venditum; aut venditum quidem, sed tantum octoginta. Vel si heres caverit se debere Sempronio legati nomine centum, & proferat testamentum, quo tantum quinquaginta legata sint; aut proferat codicillos, quibus legatum illud sit ademptum. Cum autem alias in omnibus caussis eandem vim obtineant ad fidem faciendam testes, & instrumenta; *L. in exercendis, C. de fid. inst.* visum est in hac specie instrumenta tantum admittenda esse, non testes propter metum falsi. Nam si hic testibus locus esse cœperit, facile iam multo ante & ex composito subornari possunt, qui dicant se audivisse creditorem profitentem vere nihil sibi a confitente deberi ex ea caussa, de qua eius chirographum apud se habet, & totum illud negotium simulatum fuisse. At instrumenti testimonium suspectum esse non potest, si creditor adversus quem profertur, agnoscet vel a se scriptum vel suo mandatu, aut si instrumentum erit publicæ fidei; quale est a tabulario confectum, & qualia esse solent testamenta.

XI. Hæc facultas contra confessionem suam in cæteris caussis veniendi probandique confitenti reo perpetua est. Apparet enim ex iis locis, quibus ea facultas statuitur, nullis terminis eam definiri, sed potius ita eam statui, ut quemadmodum perpetuo conveniri potest reus ex chirographo, quandiu quidem actionem in personam tempora largiuntur: ita possit & ipse hac infitiatione uti, ut neget se vere confessum esse, & ad id probandum admittatur, *d. L. generaliter, de non num. pec. d. L. cum de indebito*, in fin. *de prob.* Hanc quidem habere reum saltem intra biennium inter omnes convenit. Nulla enim in caussa ante id tempus sua confessio quanvis scripta quemquam obligat. *L. in contractibus* in pr. *C. de non num. pec.* At mihi caussæ est in cæterarum caussarum confessione, cur qui contra probandi potestatem habuit intra biennium, eam ille post biennium amittat. Non enim ante biennium ius habuit confessionis suæ retractandæ, ut eo beneficio non usus dici possit merito excidisse eo iure, quod prius habuit, & ita biennio elapso obligationem sibi in perpetuum induxisse; ut fit in cautione pecuniæ creditæ, de qua mox. Iam autem effectum est eum, cui sit facultas confessionis suæ contraria probatione infirmandæ, quandiu id licet, ea cautione non obligari. Quare qui perpetuam hanc facultatem habet in cæteris caussis, perspicuum est huic ex sua illa cautione & confessione in his caussis nunquam induci obligationem. Ita excepta caussa pecuniæ creditæ, ex omnibus aliis caussis literarum obligatio exclusa est.

XII. Restat igitur sola caussa 3 pecuniæ creditæ, in qua cautio confitentis se pecuniam creditam accepisse, obligationem rei confessæ pariat. Et quidem in hac sola pecunia non numeratæ pecuniæ exceptio & querela locum habet. *L. adversus, C. de non num. pec.* Ibi autem solum obligatio literarum inducitur, ubi hæc querela intra biennium neglecta est. *d. L. contractibus, C. de non num. pec.* Ideo in *Inst. tit. de lit. obl.* omnem hanc obligationem literarum ad solam caussam pecuniæ non numeratæ & creditæ collatam videmus. In quo tamen pecuniæ appellatione intelligere debemus contineri res cæteras, in quibus pariter mutuum consistit. Ut sunt quæ pondere, aut mensura constant, ut significatur in *L. in contractibus*, in pr. Sed ne hic quidem continuo ut quis scripto confessus est, se pecuniam creditam accepisse, is ex literis etiam in hac caussa obligatur. Hæc insuper conditio est, si modo is, qui ita confessus est, non sit usus intra biennium beneficio retractandæ confessionis, quod illi intra id tempus in hac caussa iure concessum est.

3) Quæ receptissima sententia Vasq. *Lib. 1. de Success. creat.* §. 9. *n.* 27. & 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 3. licet obstare acriter videatur *L. 6. C. Th. Ne in sua caussa quis iud. Lib.* 2. *Tit.* 4. Nunquam vero mihi persuadebit Iac. Scultet. *in Addit. ad Modest. Pist. P.* 1. *Q.* 49. *n.* 14. scribens quodvis etiam nudum pactum chirographo seu per scripturam vestitum transire in obligationem litterarum. Immo & stipulatio scripta non minus est ac manet is contractus, *L.* 135. § *pen. de V. O. L. reos* 11. *de duob. reis* eademque ex stipulatu actio *L. ult. pr. de doli exc.* Nec scriptura ad substantiam contractus confert, sed ad probationem *L. 4. de pig. L. 4. de fi. instr.* Quomodo igitur substantiam & formam immutat.

est. Id quale sit, ex vi, quam propriam huius cautionis ius esse voluit, intelligetur. Huius ergo cautionis in mutuo non omnibus temporibus una & eadem vis est adversus confitentem. Divisa hæc vis est duobus temporibus ita, ut contraria constituta sit in singulis. Utraque eiusmodi, ut distet plane ab ea vi, quam superioris cautionis literarum in aliis caussis debendi esse diximus. Nam cautio pecuniæ creditæ intra biennium, ex quo emissa est, creditori inutilis est. Non enim valet ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem: querela scilicet pecuniæ non numeratæ confitenti tributa, qua se tueatur. [4] Post biennium autem si quidem ea querela usus non erit, ita valet, ut non solum prosit creditori ad probandum pecuniam creditam, sed etiam confitentem in eam summam quam confessus est plane obliget.

XIII. Primum intra biennium inutilis est creditori etiam ad probationem, eoque nec nocet ullo modo confitenti, sive sit chirographum tantum manu confitentis scriptum, sive cautio manu tabularii confecta. Id ut consequatur reus, remedia quædam opportuna illi constituta sunt iure: quorum ea vis est, ut si uno aliquo intra biennium usus sit, non tantum non teneatur pro eo tempore, sed & in reliquum tempus perpetuam sibi constituat non numeratæ pecuniæ exceptionem. Remedia ad eam rem tria: exceptio non numeratæ pecuniæ, & huic adiuncta exceptio doli mali; querela ultro delata pecuniæ non numeratæ; item chirographi & cautionis condictio.

XIV. Primum [5] exceptio non numeratæ pecuniæ, neque hæc alias confitenti tributa nisi in pecunia credita. *L. 3. L. adversus. L. si intra, C. de non num. pec.* Et in hac quidem exceptione singulare ius constitutum præter cæteras ad reum adversus confessionem suam tuendum. Nam in cæteris exceptionibus, ut pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ, reus actoris partibus fungitur, & exceptionem velut intentionem probare debet. *L. in exceptionibus, D. de prob.* In hac non numeratæ pecuniæ sufficit [6] dicere pecuniam non esse numeratam, ut fides dicenti ha-

4) Duar. *de non. num. pec. C.* 4. Sed Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 60. *& seq.* obligationem nasci sentit quamprimum confessio emissa. Nec biennio elapso, ait, incipit contractus, alias tempus esset, modus inducendæ obligationis, diceretur que obligatio non litterarum, sed biennii. Quare quod *l. h. t.* habetur non ad formam ac essentiam contractus referri debet, sed ad exceptionem non numeratæ pecuniæ. Et Fachin. 13. *Contr.* 26. Ante biennium, ait, civilis obligatio, sed non efficax propter exceptionem, quia non est nuda confessio, sed illi adiuncta permissio de restituendo. Post biennium producitur etiam naturalis.

5) Si conveniatur ex sola caussa mutui. Non si debuit ante ex alia caussa præcedente & postea convenit ut eam crediti nomine retineret. Quæ species est *L. 5. C. h. t.* ut Don. *ibid. n.* 3. *&* 4. Ex cautione alterius contractus hæc exceptio non datur *L. si transactionis* 11. *L.* 14. §. 1. *C. h. t.* Duar. *ad h. t. C.* 6. Non obstat quod specialiter statuitur in deposito exceptioni locum non esse *d. L.* 14. §. 1. Id enim inde quia conabantur illo tempore eam inducere in deposito, in aliis non conabantur, Don. *in d.* §. 1. *n.* 1.

6) Don. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 3. *& seq. & ad L.* 13. *n.* 21. *& seqq.* Non obstat *L.* 25. §. 2. *de probat.* quia in ea specie non confessa tantum mulier se totum debere, sed & totum solvit. Diss. Goth *in not. d. L.* 13. Quid si exceptioni renunciatum sit? Sunt qui renunciationem, si non plane valida, id saltem efficere tradunt, ut renuncianti onus probationis iniungatur. Contrarium receptius esse attestatur Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 199 *& seqq.* ne fraudibus creditorum aperiatur via & circumventioni sententiæ legis salvis illius verbis. Et quia huic iuri non solum favor debitorum caussam dedit, sed & odium fœneratorum. Et Duar. *h. t. C.* 4. *cir. fi.* ac H. Pist *Lib.* 4. *Q.* 12. *n* 4 æque facile induci aliquem spe accipiendi, ad renunciandum exceptioni, quam ad cautionem scribendam. Adde quod ut ipsa ea conventione id agatur, ne dolus futurus præstetur: vel ne contra dolum accipientis cautionem, si fidem numerandi, quam dedit, non præstet, se legitime reus defendat, atque ita invitat ad delinquendum. Don. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 21. *& seq.* Zang. *de Exc. P.* 3. *C.* 12. *n.* 27. Nisi tamen post intervallum facta renunciatio vel facto ipso declarata, partis solutione *L.* 4. *C. h. t.* item nisi sit iurata. Coler. *d. loc.* Quoad iuratam vero dissentire videtur Beust. *ad L.* 1. *de Iuret. n.* 252. tradens, licet hæc quæstio hinc inde agitari possit, tamen quod exceptio non obstet iuramento verius & æquius esse. Quod diserte comprobare videtur *L. ult C hoc titulo.* Sed eam sic accipiendam monet Donellus *ibidem*, non si instrumento iuraverit se accepisse. Tunc enim excipiendo turpitudinem suam allegaret & periurium fateretur, sed si iureiurando solutionem promiserit. Quomodo & alii ref. Valasc. *To.* 1. *Cons.* 5. *n.* 19. Gutierez *de iuram confirm. P.* 1. *C.* 37. *n.* 1. *& n.* 8. Setser. *Lib.* 1. *de Iuram C.* 26. *n.* 12. *&* 2. *seqq.* Atque ita conciliantur diversæ sententiæ. Diss. Gomez. 2. *Resol.* 6. *n.* 2. *cir. fin* H Pist. *Lib.* 4. *Q.* 12. *n* 2. *&* 3. utroque casu exceptionem hanc admittentes. Cæterum competit hæc exceptio, etsi instrumentum sit paratæ exsecutionis, vulgo guarentigium, Gomez. 2. *Resol.* 6 *n* 3. H. Pist *d. Q.* 12. *n.* 7. diss. quodammodo Moller *ad Nov. Elect. Sax.* 19 *P.* 2. *n.* 54. *& seq* ac etsi publice per tabellionem confectum Don. *ad L.* 3. *C. h. n.* 12. Nec obstat *L.* 23. *C. ad SC. Vell.* Nam ibi instrumento creditur, non quia publicum, sed quia in alia quam mutui caussa. Nisi tamen notarius scripserit pecuniam vere esse numeratam, se præsente & testibus, Donell. *ibid. n.* 18. Quid si recognitum simpliciter, nec statim exceptio obiecta? Postea obiici non posse putat Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 1 §. 5. *n.* 12. Et datur quoque ratione partis, ut si confessus chirographo se 10. accepisse, 5. tantum sibi numerata dicat: *L.* 2. *L.* 9. *C. h. t.* Transit eadem ad heredes *L.* 8. *C. h.* (Sed illis tempus non cedit ex die aditæ hereditatis, sed statim, quia ex die emissæ scripturæ computatur biennium, & est continuum nec morte interrumpitur *L.* 14. *Pr. C. h. t.* Don. *ad d. L.* 8. *n.* 2. Zang. *de Except. P.* 3. *Cap.* 12. *n.* 14. *& seq.*) & fideiussores *L.* 12. *L. pen. C. h. t.* Quin & creditoribus debitoris datur *L. pen. C. hoc tit.* Finge: Titius scripsit se a Caio 100. accepisse, & in id debitum pignori obligat omnia sua bona. Idem Titius postea vere a Seio accipit 100. eidemque bona sua obligat. Convenitur Seius a Caio actione hypothecaria. Recte se tuetur exceptione non numeratæ pecuniæ etiam absente vel invito debitore *d. L. pen.* Excluditur vel tempore constituto, ut *h. & seq. Cap.* vel agnitione nova debiti, quæ fit solutione partis *L.* 4. *C. h. t.* non autem pignoris datione *L.* 1. *C. h.* Ratio differentiæ, pignus constitui potest futuræ obligationis caussa; solutio non nisi rei debitæ, Don *ad d. L.* 4. *n.* 5. Datur equidem & creditori confitenti sibi solutum esse *L.* 14. §. 2. *C. h.* Et illi non in solo mutuo, sed ea omnibus caussis; ut in dote *d. L.* 14. §. *ult. in fi. Tit. C. de Dote caut. non num.* nisi species aliqua nominatim

beatur. Unde fit, ut hac exceptione opposita cogatur petitor aliunde probare quam chirographo rei, se ei pecuniam numerasse, atque hoc non impleto, absolutio sequatur, ut est in *L.* 3. *C. de non num. pec.* Differentiæ ratio significatur in *L. adseveratio. C. eod.* Nam in cæteris exceptionibus hoc evenit, ut qui eas obiicit, aliquid factum esse affirmet, puta pactum intervenisse, iusiurandum, rem iudicatam. In exceptione non numeratæ pecuniæ contra apparet reum nihil factum esse affirmare, sed negare factum. Facta ut sub sensum cadunt, ita probari possunt & testibus & instrumentis. Non facti autem per rerum naturam nulla directa probatio est, *d. L. adseveratio, de non num. pec. L. actor. C. de prob* Ut enim mille homines dicant non vidisse se pecuniam numerari: non ideo probatur numeratam non esse. Potest enim numerata esse, ut illi non interfuerint. Quinimo & remotis omnibus arbitris potuit esse numerata. Facultate autem negandi reo in hac exceptione concessa, non debuit ab eo exigi probatio impossibilis: alioqui ne ipsa quidem concederetur exceptio. Huc pertinet regula iuris, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, D. de reg. iur.* Hac exceptione semel reo tributa, accessit una etiam doli mali exceptio in eandem rem. *L.* 3. *C. de non num. pec.* Vel exceptio composita in factum, detracta doli mentione. *L. cum ultra, C. eod.* Utrumque priori illi exceptioni consequens. Doli enim exceptio generalis oritur adversus omnes, qui quavis alia exceptione removeri possunt: quia dolo facit, qui petit, quod propter exceptionem petere non potest. *L.* 2. *§. & generaliter, D. de dol mal. exc.* Cui autem doli mali exceptio competit, licet ei exceptionem temperare in factum, ut rem uti gesta est, narret, doli mentionem non faciat. *Inst. de ex.* in pr. *arg. in L. non debet*, in fin *D. de dol.*

XV. Sed nondum satis hæc exceptio tuebatur confitentem. Potuit enim a creditore eludi, finge eum dissimulare per biennium, & ex chirographo non agere. Fiet hoc modo, ut remedium reo sit inutile. Nam intra biennium ideo exceptione uti non potest, quia interea non convenitur, nec locus est exceptioni, nisi ad removendam actionem, quæ intentata est. *L.* 2. *D. de excep.* Post biennium autem ideo uti non potest etiam si conveniatur, quia exceptio intra biennium tantum competit. Idcirco secundum remedium reo proditum est, quo uti potest etiam non conventus cum videtur intra biennium. Id autem est, ut possit queri sibi non esse pecuniam numeratam; placetque si hanc querelam detulerit, deinceps ei heredique eius exceptionem non numeratæ pecuniæ perpetuo competere *L. si intra. L. cum ultra. L. in contractib. §. in omni. C. de non num. pec.* Sed querelam hanc deferri oportet ad eam formam, quæ iure præscribitur. Ea est, ut debitor confessus denunciet creditori sibi pecuniam numeratam non esse, quam chirograbo numeratam confessus est, & eam denuntiationem complectatur scripto, quod creditori tradendum curet. *d. L. in contractibus, §. in omni.* Idque faciat testato. *L. cum ultra. C. eod.* Id est testibus adhibitis, qui cum opus erit testificari possint eiusmodi denuntiationem traditam esse creditori. Quod si forte absens erit creditor, aut præsens sui copiam non faciat, licet debitori querelam suam exponere apud quemlibet iudicem ordinarium, ut pluribus cavetur in *d. L. in contractib. §. in omni.*

XVI. Tertium remedium est cautionis & chirographi [7] condictio. *L. si quasi C. de non num. pec.* Remedium plane superioribus consequens. Nam si pecunia numerata non est, ut licet confesso queri, & dicenti creditur; chirographum constituitur sine caussa; ut sive tanquam debitum datum sit, fiat indebitum; unde fit indebiti condictio ei qui existimans pecuniam suo nomine alii numeratam esse, puta procuratori suo, tanquam sibi numeratam habens, ideo se accepisse professus est: *L.* 4. *C. de cond. ind.* aut si sciens confessus est se accepisse, quod non accepit, sit [8] condictio ob caussam dati caussa non

natim excipiatur ut *d. L.* 14. §. 1. in exactoribus tributorum & aliis 2. speciebus Zang. *de Excepr. P.* 3. *Cap.* 12. *n.* 3. *&* 4. Sed illa intra 30. tantum dies *d. §.* 2. *in fin.* quia minus periculum in creditore. Non is necesse habet prærogare apocham, quia potest cogere debitorem ad solutionem; non item cogi potest creditor ad mutuandum, Don. *ibid. n.* 3. Zang. *d. C.* 12. *n.* 9 Inter mercatores, non habere locum hanc exceptionem, Vasq. r. *ill. Contr.* 33. *n* 24. & alii quos refert Zang *d. C.* 12. *n* 20. Contra Fach. 2. *Contr* 86. quia imo a mercatoribus originem traxit hæc obligatio nullisque magis necessaria, Benvenut. Straccha *de Mercatorib. P. ult. Quom. in ea. Mercat. proced. Tit. de Except. n.* 9.

7) Recte. Licet Donellus noster ad *d. L.* 7. per cautionem ibi stipulationem intelligat, quia dicitur condici obligatio. Quamvis enim ait, exceptio hæc in solo mutuo datur, origo tamen obligationis, non titulus actionis, spectanda *L.* 3. *C. ad SC. Maced.* Sed vel obligatio ibi pro istrumento obligatorio, vel dici potest obligationem repeti condictione cautionis, quæ vera est etiam ante biennium, licet non efficax, vid. supra *N.* 2.

8) Item condictio sine caussa, Don. ad *d. L.* 7. *n.* 2. *Duar. h. t. C.* 4. Ac si pignora in eam rem dedit, ea pro non datis *L.* 2. *C. Si pig. conven. n. pec. sec.* resque illa vindicare vel si possideat retinere potest *L.* 1. *C. h. tit.* Ubi ver-

sa non secuta: cum ideo cautionem exposuerit, ut pecuniam acciperet, quam postea non accepit. Generalis autem condictio sit condictio sine caussa, qua chirographum inefficax reddi debeat. *L. 2. C. de cond. ex leg.* Hoc autem reddito consequitur debitor idem, quod prioribus remediis, ne scilicet in posterum possit ex eo chirographo conveniri, quo amplius creditor uti non potest, forte rupto postea, aut cancellato, certe eo, quod proferri ab eo non possit, cum id habere desierit.

XVII. Varia hæc remedia, sed unius rei; nempe huc spectantia, ne reus confessioni suæ, quæ in chirographo est, stare cogatur: intra biennium quidem semper: post biennium autem ita demum, si quo eorum usus fuerit intra biennium.

XVIII. Itaque videamus, ne iam adversetur omnibus *L. generaliter C. de non num. pec.* multoque magis eius legis ratio. Ipsa lege ita constituitur generaliter: *si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente caussa descendentibus, eum qui cavit suæ confessioni acquiescere debere.* Ut appareat in caussis debendi nihil distingui, quominus secundum verba tam confessioni suæ stare debeat reus in caussa mutui, quam in cæteris. Adiicitur ratio æquissima ad omnes confessos, ut videtur, pertinens: nimis indignum esse, infirmare quemquam, quod dilucide dixerit, & testimonio proprio resistere. Et de constitutione superiore sic habendum est, generalem quidem eam esse, & nisi quid de ea excipiatur, verbis eius caussas omnes & confessiones ex his descendentes contineri. Sed excipitur cautio & confessio pecuniæ mutuæ. Non excipitur ea lege: at excipitur aliis constitutionibus de hac specie scriptis, quibus nominatim in hac caussa infirmandæ confessionis suæ potestas reo data est. Hæ ad legem generalem trahendæ sunt, ut generalis ex illis interpretationem accipiat, & perinde habeatur, quasi in ea inesset exceptio, iuxta præceptum. *L. non est novum*, & 2. seqq. *D. de legib.* Idque est, quod regula iuris traditur, in toto iure generi per speciem derogari, & illud potissimum haberi, quod ad speciem directum est. Neque aliud de ratione superioris legis respondeo. Æquum est unumquemque confessioni suæ acquiescere: indignum quemquam proprio testimonio resistere. Ut plurimum atque adeo cæteris in caussis omnibus ita est: in cautione pecuniæ creditæ locum non habet.

XIX. Quæret hic aliquis differentiæ rationem. Et merito: est enim eiusmodi, quam non facile quivis explicet in pari, ut videtur, debiti confessione. Hanc autem sic habeo. In confessione cæterarum caussarum 9 nulla præsumptio est pro confitente reo, cur existimari debeat falso confessus esse se debere, quod confessus est: in confessione pecuniæ creditæ iusta & auxilio digna præsumptio. In cæteris caussis qui confitetur, non confitetur, ut quid accipiat, sed solum ut præstet, quod confitetur: quia ad confitendum accedit aut donare volens, aut præcedente caussa obstrictus, quam præcedere aut non minus aut etiam magis actoris, quam confitentis interest. Nemo autem facile existimandus est suum iactare velle, ibi ut se confessione sua ad præstandum debitum oneret, ubi vere non debuit. *L. cum de indebito, §. 1. D. de prob.* At in caussa pecuniæ creditæ debitorum mos facit, ut qui cau-

verba, *in rem experiri potest*, Accursius & Bartolus exponunt de pignoratitia, *in rem*, id est, propter rem. Quod refellit Donellus noster *ibid. n. 4.* quia actio personalis non datur propter rem, sed obligatione personæ. Nec potest dari actio pigneratitia, quia pignus non consistit, cum nec sit principalis obligatio mutui. Eam enim negat debitor, ideoque agit. Obiic. At *d. L. 1.* non requirit probationem dominii, sed quod pignus datum sit. Resp. Donellus ibi convenisse inter litigatores debitorem esse dominum, quia creditor dixerit, sibi res datas pignori; per verba *nam intentio, &c.* Per intentionem intelligit Don. *n. 7.* exceptionem qua se creditor tuebatur, ut innuatur vindicationem debitoris, ex exceptione creditoris de pignore dato, non repelli; Propterea ut sequentibus conveniant, pro *nec*, reponit *&*. Quam correctionem refellit *L. 1. C. Si pig. convent. n. sec.* ubi hoc rescriptum, iisdem omnino verbis repetitum, extat. Nec tamen probo expositionem vulgarem *nec numeratæ*, id est, non remuneratæ, redditæ vel solutæ, quam Donellus recte confutat. Nisi vehementer fallor hæc sententia est: Ideo in rem actio tibi neganda non est, quia, etiamsi velles, pigneratitia tibi agendi deest facultas. Nam si dicis dedisse te pignus, nec tamen pecuniam accepisse; te quodammodo ipse refellis ac contraria allegas, cum pignus tanquam accessio principalem obligationem præsupponat. Quomodo igitur, negata obligatione principali, poteris fateri accessoriam, &c. Atque ita vox *intentionis* tribuetur actori, non reo, quæ & propria eius vocis acceptio est §. 1. *I. de act. L. 2. de Except.* Sane præter actionem in rem, condictionem ob caussam dati vel sine caussa dari verius putarem. Nec ex *h. L.* probatur hoc casu vindicanti dominium probandum non esse, Semper enim ut vulgo, supponendi termini habiles. Non item video quæ sit necessitas in *d. L. 1. ut & L. 1. C. Si pig. convent. n.* pro *servetur*, *eruatur* substituendi, ut P Fab. 3. *Semestr.* 10. *p.* 133. cum utique non inepte dicatur servari veritas, & veritas pro iustitia & bonitate caussæ accipi possit. Henr. Steph. *Lib. 2. Schediasm. 6.*

9) Non vero simile est falsa confessione se quenquam onerare voluisse, ubi nulla spes commodi sequitur, Don. in *L. 14. §. 1. C. h. t. n. 1.* In mutuo vero frequentius eveniebat, ut cautio esset captiosa. Duar. *h. C. 1.* Pœna tamen negantis manum suam, vel iniuste obiicientis exceptionem præstatio dupli, *auth. contra C. h. t. Nov. 18. C. 8.* obi vid. Cuiac. *p. m.* 115. Cui tantum locum esse in inficiatione mutui, Donel. in *d. auth. n. 2.* quia in cæteris contractibus non nocet tantopere actori negatio, nec eum ad probandum adstringit, sed statur instrumento nisi reus aliud edoceat. Eidem tamen locus, etsi non simpliciter neget, sed se non credere dicat, ac probationem exigat, quia differentia inter non credere & negare in facto proprio non admittenda. Hieron. Marilian. *Decis.* 35.

cautionem exponit tanquam pecuniæ sibi numeratæ, magis id faciat, ut pecuniam accipiat, quam nondum accepit, quam ut reddat acceptam. Creditores enim, a quibus pecunia mutua petitur, quia beneficii caussa dant, non ulla necessitate obstricti, ideo daturi ne sibi sit damnosum officium suum, ante omnia sibi prospicere ad futuram numerationem solent, & petere a debitore futuro, ut is prius chirographum aliudve scriptum exponat, quo agnoscat se illam summam accepisse, & tradat, quo sibi de pecunia reddenda recte cautum sit, ostenduntque se aliter non numeraturos. Quid debitor? negabit se daturum, prius quam pecuniam acceperit? Immo quia cautio huc spectat, ut accipiat, & pecunia indiget, dabit ultro, quod petitur, sperans se deinde accepturum, quod petit, & quod creditor pollicetur. Et quotidiana experientia id ita vulgo fieri solere satis comprobat. Exposita autem cautione, notum est, quam multa incidant, quominus postea non numeretur pecunia. Mitto improbos fœneratores, qui cautione accepta cum aliquam moram ad numerandum malitiose interposuerint, improbe mentiri solent se numerasse, quod non numeraverunt. Loquor de minime malitiosis creditoribus. Non semper statim pecuniam habent in promptu, quam numerent. Dicunt sibi certo in loco esse, se curaturos, ut inde promant, quantum convenit, ac postea dent debitori. Itaque illum post aliquod tempus redire iubent. Interim interveniunt multa, ne promant. Aut occupantur aliis rebus necessariis, aut coguntur proficisci peregre; interdum etiam moriuntur, priusquam dent. Ita contra confessionem res perit misero debitori. Hæc cum videamus usu venire assidue; ex eo, quod fit, præsumptio sumitur, ut merito existimetur reus negare sibi pecuniam esse numeratam. Scimus autem præsumptionem pro dicente facientem onus probandi in adversarium transferre. *L. cum de indebito*, §. 1. *D. de prob.* Multo magis si reus neget, ut in proposito, transferet. *L. adseveratio*, *C. de non num. pec.* Non debuit debitor, inquies, facilis esse ad cavendum se accepisse, quod non accepit. Hoc in eo dici potest, cui liberum fuit pecuniam non accipere. At in eo, qui pecuniam accipere voluit, qua indigebat, & metuit, ne non acciperet, si recusaret dare cautionem, necessitas rei familiaris debet esse excusata. Ut & in aliis omnibus caussis, si quis quid necesse habuit facere, necessitas veniam meretur. *L. si fideiussor*, §. 1. *D. qui sat. cog. L.* 2. §. *si quis tamen*, *D. si quis caut.* Denique ex hac necessitate, & more creditorum constat periculum certum intendi omnibus debitoribus præmaturæ istius cautionis. Nihil æquius, quam adversus periculum quod intenditur, laborantibus subveniri. Idque ut ita fiat, ius est. *L.* 1. §. *sed et si quis*, *D. de Carb. ed.* Merito igitur in confessione mutui hoc beneficium confitenti datum præter cæteras, ut impune negare possit se pecuniam accepisse, de qua confessus est.

XX. Sed quoniam fieri potest, ut pecuniam acceperit, quam negat, & æquum est, non plane inutilem constitui cautionem creditori, quæ illius caussa comparata est: visum est rem ita temperari in hoc beneficio, ut consuleretur quidem reo, sic tamen, ut & creditoris ratio haberetur. Ideo placuit superius beneficium omne exceptionis non numeratæ pecuniæ, & querelæ intra certum tempus concludi; neque id longum; sed quantum satis esse videretur ad eam querelam deferendam, quo eam perpetuam sibi reus constitueret. Id tempus olim fuit quinquennium: nunc biennium ex constitutione Iustiniani, *L. in contractibus*, in pr. *C. de non num. pec. Inst. de lit. obl.* Sed & hoc beneficium intra id tempus datum est reo hac lege, ut nisi eo intra tempus constitutum utatur, non impune id omiserit, sed exinde iam plane cautum sit creditori etiam ad obligationem. Atque hinc initium obligationis literarum.

XXI. Sic ergo in reliquum tempus ius est. Exacto biennio superiore pro incommodo eius temporis, quod rei sublevandi caussa creditori impositum erat, boc iam illi commodum præstatur, ut convertatur in contrarium vis cautionis, scilicet ut quæ prius reum confessum nullo modo tenebat, ne ad probationem quidem, deinceps eum plane teneat etiam iure obligationis. Ex illo enim reus, qui beneficio legis sibi concesso intra biennium usus non est, omnino solvere compellitur. Sic enim verba sunt *L. si intra*, in fin. *C. de non num. pec.* Quibus verbis statuitur obligatio ex literis, seu literarum, quam quærimus, quæ traditur *Inst. eod. tit.* Nam omnimodo solvere compelli, nihil aliud est, quam adstringi necessitate rei solvendæ. Huius autem necessitatis vinculum est obligatio, ut declarat definitio obligationis. *Inst. de obl.* in pr.

CAP.

C A P. XXXVIII.

Obligationem literarum vere esse obligationem: Id est, post biennium, quam cautio emissa est, & quo reus confessus de non numerata pecunia siluit, ita contrahi hanc obligationem, ut pro natura & iure obligationis, reus confessus solvere omnimodo necesse habeat: nec si paratus sit probare sibi pecuniam numeratam non esse, audiri debeat.

Tria quæri de genere obligationis literarum; & quæ. I.
An reus qui intra biennium non est usus querela, probationem non numeratæ pecuniæ ex inde offerens, sit audiendus. II.
Affirmant cum vulgo interpretum Accursius & Bartolus. III.
Negantem sententiam probant luculentissime tria argumenta, & manifesta iuris testimonia. IV.
Primum *a definitione obligationis*. V.
Secundum *ab effectu obligationis*. VI.
Tertium *a differentia cautionum ex aliis caussis*. VII.
Iuris testimonia quæ. VIII.
Bartoli defensio adversus illa improbatur. IX.
Affirmantis sententiæ momenta refelluntur. X. XI. XII. XIII.

I. Hac obligatione posita, de genere obligationis quæritur, quod dixi, quæ & qualis sit obligatio. In quo tria hæc sunt, quæ quærantur. Primum num ita sit obligatio, ut omnimodo & sine ulla exceptione solvere compellendus sit is, qui sine querela biennium exire passus est. Secundum an iure ulla constituta sit, aut constitui debeat ex literis. Tertium an recte dici possit ex contractu esse, quæ dicitur nasci ex superiore confessione literarum. Nam hæc omnia affirmantur a Iustiniano de hac obligatione: *Tit. Inst. de lit. obl.* & *Tit. de obl. §. ult.* Quorum tamen in singulis iustæ sunt dubitationes: de quibus proinde sigillatim dicemus.

II. Ac primum de hac obligatione hæc vetus quæstio est, si reus intra biennium querela superiore non usus, postea ita dicat pecuniam sibi non esse numeratam, non ut numeratæ probationem exigat ab actore, quod facere eum non posse inter omnes convenit: sed ut ultro non numeratæ probationem offerat; an non saltem hoc casu sit audiendus, atque ita probans non teneatur.

III. Audiendum esse vulgaris opinio est, quam magis probatam Accursio ad *Tit. de lit. obl.* & *L. 3. C. de non num. pec.* iisdem illis locis sequitur & defendit [1] Bartolus. Anceps quæstio ideo, quia ut alia argumenta illorum omittam, de quibus postea, urget maxime pro ea sententia species æquitatis, quia non videatur æquum esse audiri creditorem petentem tanquam numeratum quod numeratum non est, & de quo probatione rei possit constare. Rursum omnia iura reclamant, de vi cautionis istius post constitutum tempus agentia. Sed his omissis unum illud præcipue, quod pro omnibus esse poterat, quod dicitur is, qui biennium sine querela labi passus est, obligari literis. Non obligatur, nisi qui necessitate solvendi obstringitur, ut ante dixi. Utrum igitur verius?

IV. Ego pro certo habeo, reum confessum ex cautione pecuniæ mutuæ post biennium, quo siluit ita obligari, ut exinde

1) Et Gom. 2. *Res.* 6. *n.* 7. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 9. *n.* 22. *& seq.* Hopper. *Lib.* 4. *ωεδαιών p.* 131. A. Fab. *in Cod. Fabr. de non n. pec. defin.* 1. Quorum sententiam usu approbari scribit Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 12. *n.* 24. licet altera illa iure verior sit, & H. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 12. *n.* 13. quam & firmat Donellus noster *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 21. *& seq. & ad L.* 13. *n.* 17. Duar. *ad eum tit. C. c.* 4. Fach. 2. *Contr.* 81. *& seq.* ubi idem statuit iure Canonico, cum dissensio nulla sit expressa. Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 216. *&* 3. *seqq.* ita. Post biennium excipiendo non effugit debitor exsecutionem (Recte. Sic enim quivis maligni debitores exceptionem obiicerent, tantum protrahendæ solutionis gratia,) nisi de ea exceptione notorie constet. Sed post factam exsecutionem ordinario iudicio licet solutum, ceu indebitum, repetere, probata negativa de non facta numeratione eius pecuniæ, de qua chirographum datum. Vid. & Menoch. 3. *Præsumpt.* 145. Sane aliis exceptionibus post biennium licere apud utrosque in confesso est. Potest igitur ex gr. negare scripturam esse suam, vi se coactum, dolove inductum ut confiteretur. Donel. ad *d. L.* 8. *n.* 20 Zang. *d. C.* 12. *n.* 23. Voluit & pupillo, ecclesiæ, & Reipublicæ, & piæ caussæ hanc exceptionem competentem biennio non finiri, de quo vid. Gœd. *ad L.* 17. *de V. S. n.* 23. Fach. 2. *Contr.* 87. Tiraq. *Privil. pia caussa* 154.

de quanvis dicat se paratum probare sibi pecuniam numeratam non esse, non sit audiendus, sed repudiata omni eius querela nihilominus cogendus sit solvere. In quo quia error communis nos impedit, danda est opera, ut hæc sententia certius confirmetur. Quod faciam additis certis probationibus, & refutatis iis, quæ contra adferuntur. Stat vero hæc sententia tam certis argumentis, tamque manifestis locis iuris, ut his cognitis turpe sit quemquam etiam nutu dissentire. Argumenta sunt hæc tria.

V. Primum ex definitione obligationis, quod ante attigi, ex quo hæc recta & certa collectio est. Si reus post biennium contrariam confessioni suæ offerens audiendus est, non est obligatus, quia ista oblatione consequitur, ne teneatur neve obstringatur necessitate pecuniæ cautæ solvendæ. At obligatum esse ex literis fatemur omnes, idque ex iure certo. *§. ult. Inst. de obl.* & *Tit. de lit. obl.* Quo nihil aliud significatur, quam eum obstrictum esse necessitate solvendi id, de quo reus confessus est, ex definitione obligationis. Quare contrariam probationem offerens ne solvat, si nobis constare volumus, non est audiendus. Aut si audiendum esse volumus, prius illud statuamus adversus ius manifestum, non esse eum obligatum.

VI. Secundum argumentum ab effectu obligationis. Quisquis obligatus est ad pecuniam dandam, ut eum post biennium obligari dicimus, qui cavit sibi pecuniam esse numeratam, & per biennium contra questus non est, is facto suo non potest desinere teneri, nisi aut solvat creditori, aut ei eo nomine satisfaciat. *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* Hæc vis est illius necessitatis solvendi, quam obligationi tribuimus. At debitor obligatus post biennium contrariam probationem offerens, & ita volens se non teneri, aperte non solvit creditori, cum potius huc spectet, ne solvat. Sed nec ei satisfacit. Nam satisfacere creditori est eum volentem pro eo quod a nobis petit, contentum reddere. *L. 1. D. qui satisf. cog.* Hic autem oblatione contrariæ probationis non est contentus creditor, sed eam repudiat. Talem enim creditorem hic proponimus. Proinde qui ista oblatione neque solvit, neque satisfacit, is ante obligatus non desinet teneri, quo minus ista oblatione reiecta solvere omnimodo compellatur.

VII. Tertium argumentum non minus certum ex differentia cautionum ex aliis caussis descendentium. Si reus adversus cautionem suam in pecunia credita admittitur post biennium ad probationem contrariam, & solum in re dubia confessioni suæ stare cogitur: eadem ex cæteris cautionibus literarum obligatio est, quæ ex cautione pecuniæ mutuæ. Nam & ex cæteris unusquisque confessionibus suis non minus acquiescere cogitur salva illi contrarium [2] probandi facultate. *L. generaliter, C. de non num. pec.* Quinimo ex his cautionibus etiam obligatio maior, quod in his reus statim confessione sua tenetur, nisi post biennium. At certum est, & de eo inter omnes convenit, ex cautione cæterarum caussarum obligationem literarum non nasci. *Inst. de lit. oblig. L. adversus, L. si intra, L. in contractibus, C. de non num. pec.* Quapropter ut inter vim harum cautionum aliquid intersit, & recte dicatur ex prioribus obligationem non esse, ex posteriore esse obligationem literarum: cogimur fateri, velimus nolimus, inter hæc hoc distare, quod cum pariter in utroque genere reus confessioni suæ stare cogatur; hoc minus est adversus reum ex altero genere cæterarum cautionum, quod in his reus habeat ius contra suam confessionem probandi; quæ res facit, ut non obligetur: in cautione autem pecuniæ creditæ ita tenetur reus confessione sua, ut nec si probationem contrariam offerat, admittatur. Id autem demum obligationis.

VIII. Loci iuris in eandem sententiam manifesti hi sunt. Primum. *L. si intra,* in fin. *C. de non num. pec.* ubi cavetur post biennium in hac caussa eum, qui interim querela usus non est, *omnimodo* debitum solvere compelli. Quid est *omnimodo*, nisi ut quocunque modo postulet se audiri, ne solvat, nihilominus omni isto modo cogatur solvere? Idem expressum est in *L. in contractibus,* in pr. *C. eod.* ubi diserte cavet Iustinianus, ut *biennio elapso nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit.* At eam querelam inducit, qui dicit sibi pecuniam non esse numeratam, quantumvis eius rei probationem offerat. Vetat igitur aperte etiam

2) Duar. *d. C.* 4. Si admittitur post biennium probatio, nec scriptura ad obligationem quidquam faceret, sed tantum ad probationem. Nec esset hoc novum obligationis genus, nec diceretur litteris, sed re obligatus. Recte. Quin imo multo infirmior esset ad obligationem cautio pecuniæ creditæ, quam alterius cuiusvis contractus. Siquidem ex hac semper onus probandi in alteram partem reiicitur. Nec quidquam certe præcipuum esset cautionis illius si post biennium contravenire licet offerendo contrariam probationem, sed cum omnibus reliquis commune. In eo vero illius inferior foret conditio quod ante biennium immunitas exinde probationis.

iam isto modo querelam introduci, qui ullo modo eam introduci vetat. Plus dicitur in *ead. L. §. super*, in fin. eum qui intra tempus constitutum exceptione non numeratæ pecuniæ, quam habebat, usus non est, ita exinde omni querela excludi, ut nec possit sibi pecuniam non esse numeratam dicere.

IX. Scio Bartolum ad *L.* 3. *C. eod.* ita se his locis expedire, ut dicat his locum esse, cum reus post biennium ita dicit sibi pecuniam non esse numeratam, ut velit sibi credi, ut ante. Cæterum si probandi onus in se suscipiat, non obstare eos locos, quominus audiatur. Sed nimis aperte refutatur verbis eorum locorum. Lex ait reum, de quo agitur, omnimodo solvere compelli. Bartolus ait aliquo modo eum non compelli. Lex ait nullo modo post biennium induci posse querelam non numeratæ pecuniæ. Bartolus ait aliquo modo induci posse. Lex ait non licere post biennium dicere pecuniam non esse numeratam. Bartolus ait, & licere, & eum qui probet, vincere. Quæ contradicentia esse quis non videt? quorum cum plus uno verum esse non possit, necesse est aut falsum esse, quod superioribus locis cautum est; aut falsum, quod de his affirmat sive Bartolus, sive qui idem sequuntur. Verum autem & certum, quod leges cavent. Falsum igitur, quod de his ab istis in hac re dicitur. Sed ne de probatione omni repudianda quam reus hic offerat, dubitetur, satis aperte & de eo cautum est *ead. L. in contractibus*, §. *illo*, *de non num. pec.* ubi nominatim illud observari iubet Iustinianus, ut cui post biennium non permittitur opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ, ei nec liceat actori iusiurandum offerre. Atqui iusiurandum species est probationis. *L.* 5. §. *dato*, *D. de iur.* & species probationis ut levissimæ, ita expeditissimæ: ubi scilicet adversarius in sua caussa constituitur testis & iudex, & res uno verbo deciditur. *L.* 1. *L.* 3. *D. de iur.* Manifestum est igitur non admitti debitorem confessum hanc probationem offerentem. Quod si leviorem & breviorem probationem offerens, & eam quæ sit in adversarii potestate, non auditur, an dubitamus, quin non sit audiendus offerens longiorem & implicatiorem ? Nam quod Accursius de eo loco respondet iusiurandum non habere vim probationis, si adversarius suscipere recusset, quasi ei id facere liceat; aperte falsum est. Cogitur enim quisque delatum suscipere, nisi quam iustam caussam habeat. Quod nisi suscipit, iam & id adversus recusantem pro manifesta confessione & probatione habetur. *L. manifestæ*, *D. de iur.* de quo diximus satis in commentariis in eo argumento ad *Titulum de iur.*

X. Defenditur tamen vulgo contraria sententia argumentis in speciem non improbabilibus, sed tamen re ipsa neque veris, neque consentaneis, & quibus nos moveri non oportet. Ea diligenter quæsita reperio ad summum esse quatuor: de quibus breviter respondebo. Primum argumentum eius sententiæ hoc est. Illicitæ actiones non sunt a magistratu, multoque minus a iudice admittendæ. *L. illicitas*, *D. de off. præs.* Illicita autem & iniqua exactio est, si reus probare volens pecuniam sibi non esse numeratam, non auditur; sed sive numerata sit, sive non sit, solvere cogitur. Quapropter hanc probationem offerens audiendus est, & contraria petitio repudianda. Respondeo. Nihil verius, quam illicitas & iniquas sive exactiones, sive petitiones prohibendas esse. Addo etiam, quisquis inique petit, ut dolo facit, ita & in eum iure constitutam esse exceptionem doli mali, qua petitio removeatur. *L.* 1. *D de dol. mal. exc.* Sed verum non est illicitam aut iniquam petitionem esse, ubi adversus cautionem mutui omissa intra biennium non numeratæ pecuniæ querela, cogitur reus post biennium omnimodo cautioni suæ stare, & solvere, repudiata omni alia probatione non numeratæ pecuniæ. Esset iniqua petitio, si actor aperte fateretur se pecuniam non numerasse, & nihilominus eam peteret hoc prætextu, quod reus non esset usus querela non numeratæ pecuniæ intra biennium. Quo casu concedo petitionem hominis aperte de sua turpitudine confitentis audiri non debere. Sed nunc de eo non agitur. Proponitur creditor, qui dicit se pecuniam numerasse, & probat chirographo seu cautione adversarii. Nihil æquius, quam fidem huic haberi omnimodo post biennium, & reiici omnem infitiationem rei, quamcumque probationem in eam rem offerat. Nam duæ res adversus eum stant, quæ iustissime eum removent: ipsius confessio litteris testata, & silentium totius biennii, quo omissa omni querela illam confessionem suam tam aperte confirmavit. Fieri quidem potest, ut pecunia non sit numerata; fateor. Sed fieri etiam potest, ut sit numerata, reus autem malitiose ac frustrandi tantum caussa numeratam neget. Hoc nunc quæritur, utri potius standum sit, actorine intendenti pecuniam esse numeratam, an reo numeratam neganti. In prom-

promptu eſt æquius eſſe credi actori freto confeſſione adverſarii, & eius ſileotio. Nec fit ioiuria reo, ſi in hac ſpecie repudiatur eius omnis contraria probatio. Nam ipſe in hanc difficultatem ſe conicit, quam & illi multo ante lex denuntiavit. Illi enim beneficium querelæ intra conſtitutum tempus tributum erat hac conditione, ut niſi intra id tempus eam querelam deferret, ſciret biennio finito eam omnem querelam removeri, *d. L. ſi intra, d. L. in contractibus, de non num. pec.* Qui beneficio legis, quod certa conditione tribuebatur, ſecundum legem uſus non eſt, is merito in conditionem & pœnam legis incidit; & ſi quid plectitur, cum ei tam aperte denuntiaretur, iure plectitur, ac de ſe queri debet, non de iure aut de adverſario.

XI. Secundum argumentum eſt contrariæ ſententiæ ab exceptione doli mali, quæ reo confeſſo competit intra biennium. Placet & hanc competere cum exceptione pecuniæ non numeratæ. *L. 3. C. de non num. pec.* At doli mali exceptio perpetua eſt. *L. pure, §. ult. D. de dol. mal. exc.* Ergo & hæc poſt biennium reo confeſſo competet. Quod ſi competit, neceſſe eſt competat aut nolenti probare, aut probationem offerenti. Concedimus non competere ſolum infitianti, qui biennio tranſacto immunitatem probandi non habet, ut ante habuit. *L. adſeveratio, C. de non num. pec.* Reſtat igitur ut competat poſt biennium ſaltem probationem offerenti. Reſpondeo. Quæ exceptio doli reo confeſſo in hac cauſſa ante biennium competit, æque temporalis eſt, atque exceptio non numeratæ pecuniæ, & ambæ pariter finiuntur biennio. Id aperte declarant conſtitutiones, quæ ſunt de hoc genere. Lex ait, poſt biennium reum confeſſum compelli omnimodo ſolvere. *d. L. ſi intra,* in fin. *de non num. pec.* Ergo reus poſt biennium nullam exceptionem habet, neque hanc, neque illam: quia qui exceptionem habet, non cogitur ſolvere, atque adeo omnino non tenetur. *L. nihil intereſt, D. de reg. iur. L. lecta,* verſ. *pen. D. ſi cert. pet.* Ait lex, poſt biennium querelam non numeratæ pecuniæ introduci non poſſe. Ergo nec exceptio ulla introduci poterit. Per hanc enim introducitur querela: quandoquidem nulla eſt exceptio ob pecuniam non numeratam, quæ non habeat huius ipſius pecuniæ non numeratæ querelam. Non obſtat, quod Paulus ſcribit in *d. L. pure, §. ult. de dol. exc.* doli exceptionem perpetuo competere. Hoc enim de ea exceptione doli dictum eſt, quæ ſpecialis eſt, quæ eadem principaliter & per ſe competit, non etiam ex aliis exceptionibus reo competentibus [3] oritur. Ea eſt, quæ iam inde ab initio naſcitur ex dolo, quo reus in re gerenda deceptus eſt; naſcitura, etſi alia ulla exceptio eo nomine non competeret. De qua in *Inſt. de except.* in pr. De ea, inquam, agitur in *d. L. pure.* Illic enim Paulus comparat exceptionem doli, de qua loquitur, cum actione de dolo. Scimus autem actionem de dolo non competere niſi de iis, quæ dolo malo ab initio geſta ſunt. *L. 1. D. de dol.* Non eſt in eadem cauſſa doli exceptio generalis. Eam dico, quæ aliis exceptionibus non propter dolum actoris, ſed ob alias cauſſas reo ab initio proditis accedens, ob has ipſas exceptiones reo competit. *L. 2. §. & generaliter, D. de dol. mal. exc.* Hæc non ſemper eſt perpetua: ſed ſequitur conditionem eius exceptionis principalis, propter quam competit; ut ſi principalis perpetua eſt, etiam doli mali exceptio quæ inde oritur, ſit perpetua. Sin principalis temporalis eſt, etiam doli exceptio inde orta eodem tempore finiatur. Optima ratione. Non enim poteſt hæc exceptio oriri ex ea, quæ amplius non eſt. Sed & in his exceptionibus prior illa principalis eſt: hæc doli eodem nomine competens, acceſſoria, aut certe priori conſequens. Cum autem principalis cauſſa non conſiſtit, conſtat illic nec ea conſiſtere, quæ ſequuntur, quæve acceſſionum locum obtinent. *L. cum principalis, D. de reg. iur. L. 2. D. de pec. leg.* Iam vero talis eſt doli mali exceptio, quæ confeſſo in hac cauſſa competit intra biennium. Oritur enim ex eo, quod prius ei conſtituta eſt intra id tempus exceptio non numeratæ pecuniæ: utpote ſine qua nulla illi futura eſſet doli exceptio. Argumento eſt, quod confeſſus in aliis cauſſis quam mutui, nullam habet exceptionem doli mali adverſus eum, qui agit ex cautione, ſed confeſſioni ſuæ ſtatim ſtare cogitur. *L. generaliter, C. de non num. pec.* Quod quidem non alia ex re fit, quam quod ei cautioni denegata eſt exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ cautioni mutui conceſſa eſt. *L. adverſus. L. in contractibus, C. eod.* Denique ut certius ſtatuamus exceptionem doli mali, quæ

(3) Ita & noſter ad *L. 8. C. h. t. n. 25. & ſeqq.* ubi & n. 24. reſp. dari exceptionem doli contra eum, qui dolo facit. Poſt biennium petens non facit dolo, quia petit quod debetur ex litteris, in eoque iure ſuo utitur.

quæ in hac caussa competit, talem esse, & una cum exceptione non numeratæ pecuniæ biennio exacto finiri; semper redeundum est ad constitutiones, quæ sunt de hoc genere; quas certum est post biennium excludere omnem querelam pecuniæ non numeratæ. Quibus verbis omnis exceptio hanc querelam introducens, aperte removetur.

XII. Tertium argumentum est contrariæ sententiæ ductum a condictione chirographi & cautionis. Nam hanc quoque condictionem intra biennium confesso competere supra diximus cautum *L. si quasi, C. de non num. pec.* Sic autem sumunt: At omnis condictio, omnisque in personam actio usque ad triginta annos perpetua est. Sic enim diserte traditur in *L.* 2. illic *neque sit in quocumque C. de const. pec.* Ergo hæc eadem condictio etiam post biennium confesso competet: si non nolenti probare; at certe eius rei probationem offerenti. Quo argumento etiam efficietur, & exceptionem doli mali multo magis reo convento dari debere: quia cui damus actionem, eidem multo magis exceptionem competere certum est. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.* Et de hac condictione respondeo idem, quod ante de exceptione doli mali: quæ condictio hic competit confesso ante biennium, eandem elapso biennio una cum exceptione finiri. Efficitur hoc iisdem illis constitutionibus, quibus post biennium removetur omnis querela non numeratæ pecuniæ, & reus omnimodo solvere iubetur. Quibus verbis apparet removeri post biennium non solum exceptionem, sed multo magis actionem, qua reus non iam ad se tuendum tantum; sed ultro ad impugnandum creditorem utitur, ac nihilominus eandem querelam pecuniæ non numeratæ introducit, & id agit, ne solvere cogatur. Sive dixerimus hanc condictionem ex iure istius querelæ introducendæ nasci, sive ex condictione nasci querelam, semper huc res redit, ut superioribus verbis condictio ista amota esse intelligatur. Cum enim quid prohibetur, intelliguntur & prohiberi omnia, & quæ ex eo sequuntur, & quæ antecedunt, per quæ ad illud pervenitur. *C. cum quid prohibetur. C. cum quid una via, extr. de reg. iur.* Ne contrarium putemus, quod ita scribitur in *d. L.* 2. *C. de const. pec.* omnes personales actiones usque ad triginta annos durare. Hoc enim sic accipiendum est, nisi si qua intra certum tempus a lege aperte conclusa sit. Indicio sunt actiones in personam pœnales prope omnes, quæ intra annum propositæ eum annum non excedunt. *Inst. de perp. & temp. act.* in pr. *L. in honorariis, D. de obl. & act.* Sed & rei persecutoriæ pleræque tales sunt, actio de dolo constituta intra biennium, redhibitoria intra sex menses, quanto minoris intra annum. Harum nullam hoc tempus egredi constat. *L. ult. C. de dol. L. sciendum*, 19. §. *ult. D. de æd. ed.* Idem & de hac condictione intelligendum est, quæ proposita est confesso ante biennium. Non adiicitur quidem in *d. L. si quasi, C. de non num. pec.* competere hanc condictionem intra certum tempus. Sed satis hoc tempus aliis constitutionibus præstitutum est, cum vetant finito biennio ullam amplius querelam pecuniæ non numeratæ introduci. Quid autem de tempore, intra quod ea condictio duret, servandum sit, ex illis sumendum est. Nam & in *d. L. si quasi.* scriptum est de exceptione non numeratæ pecuniæ hanc idem reo competere sine ulla præfinitione temporis. Et tamen omnes concedunt eam non longius competere, quam intra biennium, cogentibus scilicet aliis legibus, quæ ei exceptioni præfiniunt tempus. Concedamus igitur idem & de ista condictione, quæ simul eodem scripto conceditur, quia & hæc iisdem illis legibus eodem tempore inclusa est. Sed hoc responsum illi urgent, & probant, cum hæc condictio semel competere cœperit ante biennium, non posse, quin & duret finito biennio; quia scilicet ita scriptum sit in *L. obligationum fere*, vers. *placet*, *D. de obl. & act.* Obligationem ad tempus constitui non posse, quin & post tempus duret actio. Sed hoc dictum est de obligationibus constitutis conventione contrahentium, aut suprema voluntate testatoris in legato, ut ex ipso loco videre est. Hoc vero in his recte dicitur; privatorum enim voluntas obligationem semel constitutam temporalem efficere non potest: hac ratione, quæ illic redditur, quia finiuntur iure obligationes certis tantum modis. Inter quos non est tempus debendi a privatis constitutum. Ad actiones lege ipsa ad certum tempus constitutas id non pertinet. Quid enim certius, quam actiones ad certum tempus pleraſque constitui, & constitutas eo tempore exacto finiri, ut ante diximus? *d. L. in honorariis, D. de obl. & act. Inst. de perp. & temp. act.* Quippe legis potestas hæc est, ut quod voluit, iussisse sufficiat, & cuius fuit actionem dare, ut valeat, sit, & eius actioni modum statuere, quem velit, ut utrumque serve-

tur, quia lex voluit. *L. 2. D. de legib. L. non dubium, C. eod.* Iam autem constitit condictioni illi, de qua loquimur, [4] tempus præfinitum esse, & id constitutionibus, non privatorum conventione.

XIII. Postremum argumentum, cui maxime fidere videtur Bartolus, est ex *L. adjeveratio, C. de non num. pec.* Illic scriptum est, in cautione mutui sic competere confesso exceptionem non numeratæ pecuniæ, ut quamdiu competit, transferat necessitatem probationis ad petitorem. Hinc ille colligi putat, amissa exceptione ista post biennium, incipere deinceps reiici onus probandi in reum. Hoc autem onere in eum admisso nihil restare, nisi ut audiatur etiam post biennium. Et certe recte colligeretur, si confesso ante biennium competeret tantum exceptio non numeratæ pecuniæ, & immunitas probationis. Sic enim recte diceremus lapsum biennii non plus adimere posse reo, quam illi ante biennium competebat. Sed hic apparet error Bartoli, & aliorum eo loco utentium. Non enim ante biennium competit solum confesso exceptio superior, & item immunitas probandi; sed hoc amplius & querela non numeratæ pecuniæ, ut supra ostendimus. Sic fit, ut lapsus biennii hæc omnia vertat in contrarium ei, qui ante isto iure usus non est; eoque quemadmodum reo adimit cætera duo, sic adimat & non numeratæ pecuniæ querelam. Quæ cum ita sint, nihil certius, mea sententia, dici potest, quam obligationem literarum ita esse, ut sunt cæteræ obligationes; ut scilicet quamdiu de caussa obligationis constabit, id est de literis post biennium, tamdiu reus ex literis conventus, id est ex caussa obligationis, omnimodo solvere compellatur, repudiata ex certis constitutionibus omni querela non numeratæ pecuniæ, proinde & omni oblatione contrariæ probationis.

CAP.

4) Resp. & Don *ad d. L. 8. n. 29.* ita condictio sine caussa non datur ubi iusta caussa debendi non subest. Post biennium vero subest. Et actio in personam ita perpetua nisi iustis modis obligatio sublata. Post biennium autem tollitur obligatio qua tenebatur creditor ad reddendam cautionem: Denique condictionem elapso biennio non dari, clarus est textus a Donello non animadversus *L. ult. C. de cond. ex lege.*

C A P. X X X I X.

Literarum obligatio quam recte ulla ita dicatur, quaſi ſit ex literis: atque adeo quam recte ulla huiuſmodi numeretur inter ſpecies obligationum. Tum quam recte dicatur eſſe ex contractu. Poſtremo in alia confeſſione, quam literarum, eandem obligationem locum non habere: Cautione ſcripta interpoſita ſi ſtipulatio adhibita ſit, etiam literarum obligationem manere.

I. Sit ergo hoc primum in hac obligatione, ut ſtatuatur, quatenus eum teneat, quem dicimus inde obligatum. Proximum eſt, ut quæratur, iure ne fiat, ut eiuſmodi aliqua obligatio eſſe dicatur, quæ quemquam obliget ex literis.

II. Certe quominus id fiat, tria hæc repugnare videntur, vis ſcripturæ cuiuſque veterum ſententiis tradita; definitio Pauli in *L. non figura, D. de obl. & act.* propemodum conceptis verbis contraria; tum veterum diviſio de obligationibus ex contractu, quæ hanc ſpeciem non agnovit.

III. Ea nos iſto ordine propoſita breviter diluemus. Primum hæc vis omnis ſcripturæ generaliter traditur, fieri de rebus ſcripturas, ut quod actum geſtumve eſt, per eas facilius probari poſſit: ſine his autem valere, quod actum eſt, ſi habeat aliam probationem. *L. 4. D. de pignor. L. 4. D. de fid. inſt. L. cum res, C. de prob.* Si in literis probatio eſt obligationis, & rei geſtæ unde obligatio oritur: non poſſunt literæ eſſe ea res geſta, quæ conſtituat cauſſam eius obligationis. Aliud eſt enim omnimodo id, quod probat, & aliud quod probatur. Quinimo ſunt duo iſta ex genere relatorum inter ſe, quorum unum nunquam poteſt eſſe alterum: non magis quam pater filius: quod antecedit, id quod ſequitur; cauſſa eſſe effectus. Dicendum eſt vere iſta dici, itaque rem ſe habere regulariter. Unam exceptionem eſſe, in ea ſpecie, de qua agimus. De qua exceptione dubitari non poteſt, cum videamus iſti cautioni & ſcripturæ nominatim tributam eſſe legibus obligationem poſt biennium. *d. tit. Inſt. de lit. obl.*

IV. Sed præcipue adverſatur *L. non figura, D. de obl. & act.* ubi Paulus prope diſertis verbis hanc cauſſam obligationis repudiare videtur. Sic enim verba ſunt: *non figura literarum, ſed oratione quam exprimunt literæ, obligamur*. Non figura literarum, ideſt non literis. Non enim addit, ſed oratione, quam exprimit figura literarum, ſed quam exprimunt literæ, vocans literas, quam prius dixerat figuram literarum. Sed & paulo poſt vocat ſcripturam, quam initio figuram literarum dixerat: Ita breviter hoc definit, non obligari nos literis, contra quam dicimus. Non dicit, ut Accurſius, obligari nos utroque, ideſt oratione quidem, verum & literis; ſed aperte obligari nos oratione ait; literis obligari negat. Scio tentari poſſe, num recte dicturi ſimus Paulum his verbis aperte hoc ſtatuere nullam obligationem eſſe literarum ſeu ex literis, idque eum vere ſcripſiſſe, quia ita ius fuerit ipſius temporibus, ut [1] nulla eſſet, ut-

1) Duar. *h. t.* C. 43. tempore Pauli fuiſſe incognitam per *L. ult. de conſt. pec. L. ul. de O. & A.* & per diviſionem Caii & C. 4. nullam eius mentionem in D. ſed manaſſe ex principum conſtitutionibus, & Hotom. 6. *Obſ.* 19. Vult. *ad §. ul. I. de obl. n.* 6. putat hanc litterariam obligationem eandem eſſe quæ olim fiebat nominibus, ſolemnitatem illius exoleviſſe, ipſam obligationem non ſublatam; in deſuetudinem quidem abiiſſe, ſed ab Imperatoribus reductam. *I. h. t. n.* 3. putat illum nominum contractum in ſolo mutuo celebratum fuiſſe. Sed Ræv. 3. *Var.* 1. ita eum exponit. Qui emptionis, locationis, ſtipulationis, aliove titulo obligatum habebat, ſecuritatis maioris cauſſa, tabulas perſcſe-

pote nondum inducta. Neque tamen eam sententiam huic obligationi obstare debere, quia hæc obligatio inducta aut pro certo primum agnita sit a Iustiniano, idque ea constitutione, quam certum sit derogare iuri in Pandectis relato: ea est *L. in contractibus, C. de non num. pec.* Sed neutrum licet dicere. Nam Iustinianus in ea lege exceptionem non numeratæ pecuniæ post constitutum tempus excludens nihil amplius se in eo iure inducere profitetur, quam ut quæ intra quinquennium ante competebat, nunc competat tantum intra biennium. Quo declarat nec se de his quæ de eo genere aliis libris nostris scripta sunt, quidquam præterea immutare. Quod ad tempora Pauli attinet, etiam eius temporibus valuisse hanc obligationem non levis coniectura est ex *L. si intra, C. de non num. pec.* ubi, ut ante retulimus, diserte scriptum est, si in specie, de qua agimus, legitimum tempus excesserit querela a reo non perlata, eum omnimodo solvere debitum compelli. Quæ verba, ut ostendi, aperte statuunt huius rei obligationem: cum nihil aliud sit obligatio, quam vinculum, quo obstringimur ista necessitate solvendi. Sed & eodem rescripto cum dicatur ita compelli ob cautionem, quam exposuit, adversus quam intra constitutum tempus exceptione doli usus non sit: etiam hac parte non obscure significatur eam necessitatem solvendi, idest obligationem nasci ex vi eius cautionis, id porro est ex literis. Atqui id rescriptum est Alexandri Imperatoris: cuius temporibus vixisse Paulum didicimus, auctore Lampridio in vita Alexandri. Ac ne quis forte apud se sic cogitet, fieri posse, ut ius istud rescripto Alexandri constitutum secutum sit postea, cum iam superius illud Pauli editum esset, quod legimus in *L. non figura*, satis intelligitur ex *d. L. si intra*, necessitatem illam solvendi, quæ illic commemoratur, non tunc primum induci ab Alexandro, sed ius esse, quod & ante in usu erat. Non enim dicit Alexander, in posterum debitum omnimodo solvere compelletur; sed, debitum omnimodo solvere compellitur, verbo ad ius præsens, & quod tum obtinebat, relato.

V. Nihil opus est verbis. Si totam definitionem Pauli non particulam intueri volumus, & recte expendimus, quid subiiciat: puto, reperiemus eum statuere hanc ipsam obligationem quam quærimus, & eam ex literis. Animadvertendum est enim eum non simpliciter dicere, non obligari nos *figura literarum*; sed addita conditione, & temperamento, quod ad excipiendam obligationem hanc perspicue referatur. Sequitur enim: *quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.* Hanc adiectionem non pro ratione, ut [1] Accursius, & alii plerique, sed pro temperamento præcedentis definitionis accipio. Estque hic sensus planus: Non obligamur figura literarum, seu literis: sed hoc hactenus, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod oratione significatur: idest quatenus placuit scripturam solum tantumdem valere, quantum orationem, non plus. Cæterum sicubi placeat scripturam plus valere, illic nihil prohibet, quominus recte dicamur literis & scriptura obligari. Quod ipsum accidit in confessione pecuniæ creditæ. In qua si quis sine scripto confessus sit sibi pecuniam numeratam esse, non obligatur, ut in *extremo* dicemus. Idem si confiteatur literis placet eum post tempus præstitutum olim quinquennium, nunc biennium omnimodo solvere compelli. Ubi apparet placere maiorem vim esse scripturæ, quam orationis. Et ibi quoque obligationem literarum statuimus assentiente plane, vel potius hoc ipsum exigente superiore exceptione. Perinde est enim, quasi ita diceret Paulus, cum in cautione pecuniæ creditæ post statutum querelæ tempus plus tribuitur scripturæ, quam verborum confessioni, non iam dico in ea specie non obligari nos literis, ut in cæteris: sed hanc speciem excipio, in qua volo intelligi nos literis obligari. Hoc sensu, ut dixi, non infirmatur obligatio literarum superiore definitione, sed maxime confirmatur: & interpretatio cum verbis consentanea est, tum vero cum oratione & iure illorum temporum optime congruit.

VI. Postremo opponitur nobis divisio veterum. Exstat Caii divisio de obligationibus

ferebat, debitorem ad perscribendam nominis seu debiti quantitatem urgens, ut omissa veteris obligationis caussa commodior succederet ex litterarum subsignatione. Solebat id tractari Romæ coram equitibus aliquot & ornatis viris, in provinciis coram decurionibus aut duumviris, qui litteras huiusmodi signabant. Sen. 3. *de Benef.* 15. Ita Ræv. an recte ambigo. Locus Senecæ satis non probat, minusque alter ex eodem. Verius videtur sentire Cuiac. 22. *Obs.* 3. eam expeditam per mensæ scripturam, vid. & Hopper. *Lib. 4.* ... *p.* 129. *& seqq.*

1) Forner. 4. *Rer. quotid.* 28. quatenus ibi pro quia. Heidec. *in leg. naturalis* 5. *de præs. verb. Ax.* 2. *&* P Bus. 5. *Subtil.* 7. de nominum obligatione accipiunt. Hotom. 6. *Obs.* 19. pro *oratione* legit *ratione* ut sensus sit. Non ex chirographo, sed ex ratione, id est caussa præcedente obligationis in chirographo expressæ, propter quam id conscriptum, obligatio. Quasi Paulus ibi aperte obligationem hanc negaret. Aliter Vult. *L. hoc tit. n.* 2.

nibus ex contractu in *L.* 1. *D. de obl. & act.* in qua ille hoc genus ex professo tractans has tres species huius generis tantum posuit, ut diceret obligationes ex contractu aut re contrahi, aut verbis, aut consenso. Literarum obligationis mentionem nullam facit. Idem in enumeratione harum specierum factum videre est a Pedio, Ulpiano, Modestino in *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact. L. certi, §. quoniam, D. si cert. pet. L. obligamur, D. de obl. & act.* Quod ab illis literarum obligatio appellata non est, cum locus exigebat, & præsertim cum ex professo instituebatur obligationum divisio, certo argumento est, hanc illos speciem non agnovisse, neque in numero obligationum habuisse. Non enim omiserunt imperitia iuris homines iuris consultissimi. Ex quo relinquitur ideo eos omisisse, quia nec iure erat cognita. Et omnino aliud agnoscere non possumus in superioribus divisionibus. Sed duplex caussa reddi potest, cur non agnoverint hanc speciem, & nihilominus vera sit obligationis species. Una caussa est, quod cum priores illi Pedius & Caius ætate superiores essent, nondum fortasse illorum temporibus recepta erat hæc obligatio, sed postea aut paulatim inducta est moribus, aut certioribus constitutionibus confirmata. Altera caussa est, quod etsi forte ex hac cautione etiam tum obligaretur reus post quinquennium; tamen nondum propterea satis conveniebat inter omnes de caussa obligationis, quasi dici deberet obligatio ex literis. Nec abs re omnino. Dici enim potest obligatio ex re esse: potest & dici esse ex literis, diversis rationibus non improbabiliter. Ex re, id est ex numeratione pecuniæ, quia creditor ex hac cautione sic agit, ut dicat se pecuniam numerasse, quam ideo sibi dari oportere intendit: atque huius numerationis fidem facit chirographo & cautione. Ita in proposito caussa obligationis est in numeratione, probatio in scriptura. Rursum idcirco dici potest hæc obligatio esse ex literis, quia harum literarum vis longe recedit a natura probationum. Nam probationi scripturæ contraria probatio opponi potest, si nihil amplius sit in scriptura, quam probatio. *L. generaliter, C. de non num. pec. L. cum precibus, C. de prob.* At hoc contra fit in hac cautione post biennium, ut supra ostendimus. Quæ res declarat in ea obligationis vim esse, non probationis. Merito igitur inde dicatur obligatio esse ex literis. Et hoc verius. Quod & tandem obtinuit, idemque & Iustinianus secutus est in Institutionibus.

VII. Tertium statuitur de hac obligatione. Placet enim non tantum esse ex literis, sed etiam ex contractu, ut quemadmodum stipulatio verbis, sic & in hac specie obligatio literis contrahatur. *d. §. ult. Inst. de oblig.* Et hoc quam recte dicatur, tertio loco quærimus. Duo enim obstant, quæ & ipsa diluenda sunt.

VIII. Primum nullus est contractus, in quo non id agitur, ut quid detur aut fiat in futurum. Exemplo est stipulatio, quæ definitur conceptio verborum, qua quis interrogatus daturum facturumve se id, quod interrogatus est, respondet. *L.* 5. *§. stipulatio, D. de verb. obl.* Scimus autem stipulationum conventionalium tot esse species, quot rerum contrahendarum. *ead. L.* 5. in pr. Et ne dubitemus hoc ad omnes contractus pertinere, constat hoc amplius nullam esse obligationem, undecumque nascatur, proinde ne ex contractu quidem quæ non sit in eo, ut quid postea detur, aut fiat. *L.* 3. *D. de obl. & act.* At in cautione pecuniæ creditæ cum quis simpliciter confitetur se pecuniam accepisse, is de præterito tempore tantum cavet, non etiam quidquam in futurum pollicetur. Quare prope est, ut ne hinc sit obligatio. Multoque minus esse potest ex contractu. Dicendum est huiusmodi cautionem ut est conceptio verborum, in præteritum tantum conceptam esse; re autem & significatione etiam in futurum, in qua hoc etiam reus caveat, se quod accepit soluturum. Nam qui caussam obligandi sui posuit, etiam obligationem quæ necessario iure adiuncta est, posuit. Omninoque in mutuo hoc evenit, ut qui quid accepit mutuo, iure ad id reddendum obligetur, ut proinde qui unum dixit, etiam intelligatur alterum dixisse. *Inst. quib. mod. re contr. obl.* in pr. Eiusque rei certissimum argumentum est in hac cautione creditoris, profiteor te non teneri; quæ cum sit verbis in præsens non in futurum conceptis, & ad testimonium liberationis tantum spectare videatur; dicitur tamen pactum habere, ne scilicet creditor a reo in futurum petat. *L. tale*, in pr. *D. de pact.* Quippe hoc sequebatur, si quidem non teneatur reus.

IX. Sed esto, hoc quoque caverit reus se soluturum, quod fatetur se accepisse. Nondum tamen hic contractus est, nisi ut verbis cavet reus se id soluturum, etiam re in hoc consentiat, ut præstet. Iam enim sæpius dicimus, nullum esse contractum sine conventione & consensu. *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.* At hoc saltem secundum videtur deesse huic obligationi. Qui enim

cavet

cavet se pecuniam accepisse, quam non accepit, futuræ numerationis caussa, palam est eum non consentire in hoc, ut reddat, quod non accepit. Sic fit, ut non possit videri esse ex contractu, quæ non est ex consensu. Et fatendum est, eum qui cavet se pecuniam accepisse, quam non accepit, non consentire, ut reddat non acceptam, id est ut præstet ideo, quia acceperit. Sed consentit simpliciter, ut eam præstet, si querela nnn numeratæ pecuniæ intra constitutum tempus usus non erit. Id eum facere intelligimus ex eo, quod dat cautionem, ut sit apud creditorem eo loco, quo ius eam esse voluit. Voluit autem eam vim habere, ut post biennium reum obliget ad id præstandum, quod cautione se debere agnovit. Quare & in hoc se voluntate sua obligare intelligitur. Et generaliter in his quæ geruntur inter aliquos, quæ certam vim certumve usum iure constitutum habent, ex iure sumitur id, quod agi videtur, ut est in *L. 6. D. de sol.* Utrumque igitur verum est, ut obligatio hæc est ex literis, ita in his ipsis esse ex contractu.

X. Sed quæcumque hic obligatio est, & quocumque ex consensu illud manet, in universa hac confessione mutui solam obligationem esse literarum, seu solum [3] ex literis. Quo duo hæc continentur, ut neque in eadem confessione obligatio sit sine literis; neque sit obligatio literis intervenientibus, si in his alia sit debendi caussa, quam literæ. Quæ duo cum præcipua quadam animadversione indigeant, & ad vim obligationis literarum magis exprimendam pertineant, visum est ea extremo loco separatim attingere. Primum igitur quæro, si quis verbis sine chirographo & literis confessus sit se pecuniam mutuam accepisse vel absente creditore, vel præsente, an non in ea confessione, quæ a scripta non discrepat, sit, aut certe esse debeat effectus idem, quem diximus in cautione & chirographo; ut scilicet confessus intra biennium babeat exceptionem non numeratæ pecuniæ; finito autem biennio, intra quod querelam non detulerit, in totum obligetur. Et si obligatio huius generis, itemque exceptio recte tribuitur literis, seu ei & adversus eum, qui scripto confessus est: apparet remotis literis, & cautione scripta superioribus rebus locum non esse. Et res ita habet. Qui sine scripto ita confessus est, non babet [4] exceptionem non numeratæ pecuniæ, si constet eum ita esse confessum, quod fiet vel ipsius confessione, dum se ita aliquando confessum agnoscet, vel si neget, testibus, dummodo ad eam rem rogatis. *Novel. de testib. §. & licet*, vers. *hæc autem inania*. Ideo autem non habet, quia nisi qua præsumptione adiuvetur adversus confessionem suam, necesse habeat ex regula generali confessioni suæ acquiescere. *L. generaliter, C. de non num. pec.* Nulla autem in confessione non scripta pro confitente talis præsumptio, qualis esse solet pro cautione & chirographo emisso. Nemo enim solis verbis sine literis solet confiteri coram testibus sibi pecuniam numeratam, nisi cum iam ante numerata est, eiusque numerationis testandæ caussa: quia testimonium testium in hac re ad futuram numerationem est supervacuum: cum si eo testimonio contentus esset creditor, posset multo tutius tum adhibere testes, cum pecuniam numerabit. Contra cautiones & chirographa dari solent futuræ numerationis cavendæ caussa, & quidem utiliter, ut scilicet quanvis creditor pecuniam numeret postea, tamen semper easdem illas literas apud se habeat, quibus tam probet numerationem, quam si ab initio pecuniam numerasset. Hoc ita fieri solere, & quam multa suadeant ut debitor ita faciat, supra ostendimus. Unde præsumptio pro confitente, pecuniam nondum fuisse numeratam, cum cautionem exponebat. Sed ut qui sine literis confessus est, exceptione pecuniæ non numeratæ non iuvatur, sed statim cogitur confessioni suæ stare: ita pro eo consequitur boc etiam, ne ea confessione unquam obligetur. Sic enim ius temperatum est in *L. generaliter, C. de non num. pec.* Ut qui iam a principio iubentur acquiescere confessionibus suis, iubeantur id facere in re dubia: contrarium autem probare volentibus fiat potestas. Quo iure si quis in confessione non scripta uti volet, sciemus audiendum esse sive instrumentis contrariis id probet, de quibus supra diximus, sive testibus, qui dicant se audivisse creditorem fatentem nullam se eiusmodi pecu-

3) Propria hæc species contractus. Nec recte *DD.* ref. Mozz. *de Mutuo C. 2. de Divis. Mutui n.* 2. vocant hoc mutuum mere civile. Quibus fere accedit Heidec. *d. Ax.* 2. genere quodam videri hunc peculiarem obligationem vere ac in effectu (male igitur Imperatores si ita est) esse ex re ipsa & numeratione præsumpta *L. 5. 7. 9. Cod. h. t.* Ideo non dari condictionem ex lege, sed condictionem certi. *L. un. C. Th. Si cert. pet. de Chirog.* Nihil hoc obstat quia & ex stipulatione rei certæ certi condictio. Num ideo obligatio ex re?

4) Donellus noster *ad L. 8. C. De non n. pec. n.* 33. Diss. fere Duar. *ad eum tit. C.* 1. alter Fach. 2. *Contr.* 85. exceptionem quidem intra biennium pariter concedi voce confesso testato, sed post biennium non negari, verum onus probandi confitenti iniungi.

pecuniam credidisse. Nisi quid enim specialiter lege exigantur instrumenta ad probationem, ut fit cum quis adversus confessionem suam chirographo suo testatum venit: *d. L. generaliter*. Ibi ita ius est, *ut pariter ad fidem valeant & instrumenta & testes*. L. in exercendis, *C. de fid. instrum*.

XI. Quid tamen, si is qui sine scripto confitetur se pecuniam accepisse, etiam sine scripto stipulanti creditori promiserit se eam pecuniam daturum, soluturum? an ne hic quidem habet exceptionem non numeratæ pecuniæ intra biennium, idem nec post biennium obligatur? Movet dubitationem *L. cum ultra, C. de non num. pec.* & §. *idem iuris, Inst. de except.* quorum locorum in utroque promittenti isti ex caussa pecuniæ creditæ datur exceptio non numeratæ pecuniæ; in altero autem, idest in *d.* §. *idem iuris*, hoc amplius etiam post biennium revocatur res ad eam constitutionem, qua ius post id tempus de obligatione literarum constitutum est, puta, *L. in contractibus, C. de non num. pec. Inst. de lit. obl.* Rursum hi ipsi loci posteriores refragantur, dum in his nominatim & exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium, & post biennium obligatio constituitur tantum in literis, seu in iis, qui scripto quid caverunt. Et verius est idem admittendum etiam in eo, qui sine literis pecuniam tanquam numeratam se soluturum stipulanti creditori promisit. Optima ratione. Nam si hic convenitur reus tanquam ex stipulatione extra caussam mutui, is tenetur. *L. si generaliter, C. de non num. pec.* qua lege extra pecuniam mutuam in cæteris omnibus caussis iubetur quisque stare confessioni suæ. Quod si ita convenitur ex stipulatione, quod dicatur pecunia prius illi fuisse credita: hoc ipso dicimus eum confessioni suæ stare debere: quia prius effectum est eum debere stare, qui simpliciter & sine scripto confessus est sibi pecuniam esse numeratam. Quoties autem stipulatio sequens interposita est ex præcedente numeratione, & generaliter quoties ex præcedente caussa nova aliqua obligatio oritur: placet nos caussam & originem obligationis posterioris spectare debere. *L. qui id quod*, in princip. *D. de donat. L. si procuratorem*, in pr. *D. mand.*

XII. Non moveor *L. cum ultra, C. de non num. pec.* Hæc tribuit exceptionem non numeratæ pecuniæ ei, qui hanc stipulanti promisit. Si nominatim tribueret etiam ei, qui sine scripto promisisset, non negaremus esse contrariam, atque adeo hanc sequeremur. Nunc cum generaliter tantum id dicat, nec quidquam exprimat, scriptone quis promiserit, an sine scripto; quid hic sequendum sit, cum ex aliis legibus de hac exceptione constituentibus, tum maxime ex posteriore constitutione Iustiniani sumendum est. Ut quoniam ea constitutio scriptum exigit eum in *L. in contractibus*, tum sub *Tit. de lit. obl.* idque certa ratione, ut ostendimus; idem intelligi oporteat in prioribus legibus, quæ minus aperte de eo loquantur. Cum sciamus esse in præceptis rectæ interpretationis legum, ut & priores leges ad posteriores trahantur, & posteriores ad priores, *L. non est novum* & duabus seqq. *D. de legib.* Minus obstat §. *idem iuris, Inst. de exc.* Nam in extremo nominatim Iustinianus rem totam de qua prius constituerat in eo §. revocat ad constitutionem suam, cuius meminerat sub *Tit. de lit. obl.* Ea autem constitutio est *L. in contractibus*, quam diximus nominatim exigere scriptam cautionem. Stet igitur, omnem istam obligationem, quam diximus esse ex literis, & literarum, vere dici ex literis, quia & vis eius id postulet. Quippe tunc solum locum habeat, cum cautio scripta in mutuo intervenerit. Literis autem non intervenientibus confessum de mutuo & statim teneri confessione sua in re dubia; & tamen non obligari, nec post biennium, quia contrariam probationem offerens vel instrumentorum vel testium audiatur; sive sine stipulatione sit confessus, sive confessus stipulanti idem promiserit.

XIII. Deinde quæro, quod ad cautionem ipsam scriptam pertinet si intervenerit cautio seu chirographum pecuniæ creditæ non numeratæ, sed simul in cautione addita sit stipulatio, ut in specie, *L. lecta, D. si cert. pet.* an ne sic quidem hic sit literarum obligatio, aut certe effectus literarum obligationis; de quo diximus. Movet, quod literæ intervenerunt. Et prima caussa confitendi fuit ex mutuo. Rursum intervenit stipulatio, quæ quoties adhibita est pecuniæ curandæ caussa, toties ex stipulatione nascitur obligatio, non ex numeratione, seu mutuo. *L. 6. L. 7. D. de novat.* Et diserte scriptum est *Inst. de lit. obl.* hoc casu non nasci obligationem ex literis, sed ex stipulatione. Recte, ex definitione superiore recepta apud omnes veteres. *d. L. 6. L. 7. de novat.* Sed hic cautione opus est, quam hoc loco adiici oportuit. Etsi enim verum est hoc casu obligationem non esse ex caussa literarum, sed stipulationis: tamen

men sciendum est non eo minus ejus obligationis eandem vim & potestatem esse pro reo & contra reum, quæ futura esset sine stipulatione; ut scilicet reus ex hac cautione intra biennium tutus sit exceptione non numeratæ pecuniæ; post biennium omnimodo, teneatur adempta omni spe contrariæ probationis. Traditum hoc est in *d. §. idem iuris, Inst. de exc.* Nam si placet id statui ei & adversus eum, qui sine scripto stipulanti promisit se soluturum, ut quidam eum §. interpretantur, multo magis idem statuendum est in ea stipulatione, cui cautio scripta accesserit, ubi non male dici potest obligationem nasci ex literis. Non adversatur, quod dicimus isti obligatinni locum esse in pecunia solum credita. Nam & hic pecunia vere credita dicitur, & ex ea numeratione nata est stipulatio. Hanc caussam spectandam esse iam ante diximus, ut ei idem effectus tribui debeat, qui & tribueretur sine stipulatione. *d. L. qui id quod, D. de don. d. L. si procuratorem, D. mand.*

FINIS.